This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

4/-

3/-

L.L.

Roman
640
L 584a

PARKER & SON, LTD.
English & Foreign Booksellers
27, Broad Street, Oxford.

Barry Nicholas,
Brasenose College,
Oxford.

Der Irrthum

bei nichtigen Verträgen

nach römiſchem Rechte.

Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre

von

Dr. Rudolf Leonhard,
außerordentlichem Profeſſor an der Univerſität in Göttingen.

Erſter Theil:
Die dem Einfluſſe des Irrthums ausgeſetzten Beſtandtheile des Vertrages.

Berlin
Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung
Harrwitz und Goßmann
1882.

BODLEIAN
2 MAY 1973
D
LAW LIBRARY

Dem ordentlichen Professor

an der Friedrichs-Wilhelms-Universität

zu Berlin

Herrn Dr. Ernst Eck,

seinem hochverehrten Lehrer

in aufrichtiger Verehrung und Dankbarkeit

der Verfasser.

Hochverehrter Herr Professor!

Als ich Sie um die Erlaubniß bat, Ihnen meine erste umfangreichere Arbeit zu widmen, hegte ich die Absicht, Ihnen nicht allein dafür zu danken, daß Sie mir die entscheidende Anregung zu meinem Berufe gegeben haben, sondern insbesondere für die Richtung, in welche Ihr Beispiel und Ihre Lehren mich gewiesen haben.

Ich meine hier Ihre wiederholte Abmahnung vor dem Drange nach inhaltlosen Abstraktionen, dessen ich mich schuldig zu machen geneigt war, und Ihre unablässigen Anlehnungen aller juristischen Deductionen an konkrete Vorfälle der Außenwelt. So wurde mir einerseits die Verantwortlichkeit klar, in deren Zwange nicht nur die juristische Praxis, sondern auch die Theorie als Glied eines kunstvollen, in das Volksleben thatsächlich eingreifenden Mechanismus arbeitet, andrerseits aber die Freudigkeit bei meinen Arbeiten sehr erhöht. Zwischen die Quellen des gegebenen Rechtes und die Rechtsanwendung sieht sich die Dogmatik gestellt: von jener empfängt sie den Stoff, diese entnimmt die Normen ihres Verhaltens und die zur richtigen Beurtheilung der Thatsachen des Lebens erforderlichen Begriffsformen von ihr. So ist sie das Zwischenglied einer Kette, welches seiner Bestimmung gemäß functioniren muß, wenn nicht die heilsamen Gedanken des Gesetzgebers und der Gewohnheitsrechtsbildung unverwirklicht bleiben sollen.

Diese Gebundenheit der rechtswissenschaftlichen Aufgabe nach zwei Seiten hin, welche ihr einen ganz bestimmten Standpunkt anweist, ist der juristischen Dogmatik nicht eigenthümlich; sie folgt vielmehr daraus, daß eine jede Wissenschaft nur in der Auswahl unter den gestellten Aufgaben und den Lösungsmitteln frei, im übrigen aber durch die Beschaffenheit ihres Stoffes in bestimmte Schranken gebannt ist, und da dieser nun einmal aus Sätzen besteht, welche mit Hülfe der Jurisprudenz den realen Erscheinungen des Lebens angepaßt werden wollen, so muß die Wissenschaft ihn in dieser seiner Tendenz auffassen und darstellen. Lehrt ja auch die Logik, daß jeder Begriff nur in den Individuen, welche er umfaßt, vorgestellt und beobachtet werden kann.

Dieselbe Deduction, welche der Praktiker macht, wenn er den allgemeinen Satz auf den einzelnen Fall anwendet, braucht auch der Exeget, wenn er aus der einzelnen Quellenentscheidung auf die allgemeine Regel, aus der sie hergeleitet worden ist, einen Rückschluß machen will, nur freilich in anderer Reihenfolge, weil er nicht aus dem Rechtssatze und dem Thatbestande einen Schluß ziehen, sondern aus den letzteren beiden Elementen den logischen Obersatz des Rechtssatzes gewinnen muß. Ein solcher Rückschluß ist niemals ganz sicher und bedarf daher stets einer Controle aus seinen praktischen Consequenzen.

Sobald man also die Anlehnung an den concreten Boden der Wirklichkeit verläßt, läuft man Gefahr, die Quellen mißzuverstehen und sich in unfruchtbare Theoreme zu verirren.

Dieser Gefahr nach Kräften vorgebeugt zu haben, dafür schulde ich Ihnen den aufrichtigsten Dank.

Göttingen, 26. April 1882.

Der Verfasser.

Inhalts-Verzeichniss.

Erster Theil.

Seite

Einleitung . . . . . VII.

Erster Abschnitt. Die Vertragserklärungen.

§. 1. Der Stand der Hauptfrage und der Standpunkt des Verfassers 1

§. 2. Das Wort consensus bedeutet nicht eine innere Uebereinstimmung der Contrahenten 11

§. 3. Zur Beseitigung terminologischer Mißverständnisse . . 56

§. 4. Zur Grenzregulirung zwischen Jurisprudenz und Philosophie 84

§. 5. Die legislatorischen Beweismittel der herrschenden Lehre 104

§. 6. Die beiden gegenseitigen Erklärungshandlungen . . . 124

§. 7. Herstellung des Vertragsinhaltes und seiner Verpflichtungskraft. Stellvertretung bei der Offerte und bei dem Geschäftsabschlusse 146

§. 8. Der Vertragsbegriff und die Irrthumslehre 166

Zweiter Abschnitt. Der Sinn der Vertragserklärungen.

§. 9. Die Auslegung ausdrücklicher Erklärungen 172

§. 10. Der Sinn einer stillschweigenden Erklärung 190

§. 11. Präsumirte und fingirte Willenserklärungen 209

§. 12. Vertragswirkung und Vertragszweck. Vertrag und Rechtsgeschäft 235

§. 13. Stillschweigende Bedingung und Beweggrund . . . 252

§. 14. Ergebnisse und Rückblick 275

Einleitung.

Das Grundgesetz der juristischen Forschung, welches schon von Gajus[1]) ausgesprochen, aber erst nach langer Mißachtung als die oberste Norm rechtswissenschaftlicher Thätigkeit anerkannt worden ist, der Satz, daß das Gewordene nur aus dem Werden erklärt werden kann, gilt nicht nur von dem Rechte, sondern bis zu einem gewissen Grade von allen Geisteserzeugnissen, und also auch von der vorliegenden, wie von jeder andern Schrift. Indem der Verfasser also in üblicher Weise die Kürze der Titelüberschrift durch ein Vorwort zu ergänzen sucht, glaubt er das Endziel seines Unternehmens durch nichts anschaulicher machen zu können, als durch dessen Entstehungsgeschichte. Freilich bedarf es weniger einer Klarstellung der Bedeutsamkeit des gewählten Themas, als vor allem einer Rechtfertigung dafür, daß der Verfasser es wagte, sich zu Erörterungen aufzuschwingen, deren Erstrebung sich gar leicht zu einem Ikarusfluge gestalten kann. Nicht der Wunsch, die Räthsel der Vertragslehre zu lösen, lockte ihn von seinen Wanderungen nach niedriger gestellten Zielen ab; daß es geschah, erscheint vielmehr ihm selbst als Wirkung eines mächtigen Zwanges. Ein Zufall war es, daß die Recensentenpflicht ihm zwei der wichtigsten neueren Erscheinungen auf dem Gebiete des Vertrags-

[1]) l. 1. dig. de origine juris 1, 2.

rechtes [1]) zur Beurtheilung zuführte und ihn in die peinliche Lage setzte, Ausführungen, deren Bedeutung er ebenso empfand, wie er sich von ihrer Richtigkeit in wesentlichen Punkten nicht überzeugen konnte, aus der nur allzu gedeckten Recensentenstellung anfechten zu müssen, ohne durch einen eigenen Versuch der schwierigen Arbeit seinen Gegnern eine Gelegenheit zur Erwiderung des Angriffes darzubieten.

Dazu kam, daß die herrschende Meinung, von welcher er ausgegangen war, sich nach zwei Seiten hin für ihn als unbrauchbar erwies. Zunächst bei der Auslegung der Quellen. Mit dem besten Willen vermochte er nicht, in überzeugender und überzeugter Weise aus dem corpus juris civilis diejenigen Sätze herauszulesen, welche man als römisches Recht bezeichnet, oder gar durch eine Vermengung der auf dem Geistesgebiete so wie in der Kunst vorhandenen Stile verschiedener Epochen Theorien, welche den modernen Ursprung in unverkennbarer Weise an sich tragen, als Ideen römischer Präfekten auszugeben. [2])

Noch unerfreulicher aber war für ihn die Nothwendigkeit, auf Grund der herrschenden Irrthumslehre in den von ihm geleiteten praktischen Uebungen zu sicheren Entscheidungen zu gelangen. Der Verfasser denkt hier weniger an die mißlichen Consequenzen

---

[1]) Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen von Friedrich Mommsen, Braunschweig 1879. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Leipzig 1879.

[2]) In den römischen Ideenkreis ist in Folge des unglücklichen Zufalles, daß die Philosophie eine Reihe von Wörtern, welche juristische Begriffe bezeichnen (namentlich ratio, voluntas, causa), zur Benennung durchaus anderer philosophischer Begriffe verwendet, vielfach geradezu eine Entstellung der Textauslegung durch Substitution eines philosophischen Begriffes an die Stelle eines gleichnamigen juristischen eingetreten. Dies führte zu einer Vermischung der Ideenmassen der Jurisprudenz und der Philosophie, einem Concurse, in welchem der Verfasser durch die vorliegende Schrift für die juristischen Interessenten ein Separationsrecht anmelden möchte.

der herrschenden Meinung, als an die außerordentliche Unsicherheit, in welcher eine auf dieselbe gegründete Praxis gerathen muß. Nach der üblichen Theorie kommt alles darauf an, ob ein Irrthum im „Geschäftswillen„ oder im „Beweggrunde" liegt, man braucht also ein sicheres Merkmal, woran man erkennen soll, wo die Grenzscheide zwischen diesen beiden philosophischen Begriffen zu suchen ist, um danach den einzelnen Fall richtig zu beurtheilen. Diese Grenzscheide läuft aber durch ein Labyrinth psychologischer Vorgänge, in welchem sich heimisch zu fühlen dem Durchschnitte der Juristenwelt niemals gelingen wird.[1]) Der Verfasser muß es daher geradezu behaupten, daß eine derartige unbestimmte Lehre, deren Anwendung überdies eingehende psychologische Studien voraussetzt, nicht die genügende Schärfe besitzt, um dem Hauptzwecke der juristischen Formeln, ein möglichst untrügliches und genaues Maß für die juristische Natur der Vorfälle des wirklichen Lebens zu sein, Genüge zu thun.

Quellenmäßigkeit und praktische Brauchbarkeit sind jedoch das Mindeste, wenn auch nicht das Einzige, was die Juristenwelt von den Theorien der Dogmatik verlangen kann. In der Erkenntniß, daß die herrschende Meinung diesen Anforderungen nicht genügt, hatte sich nun der Verfasser schon seit langer Zeit die in dem Nachstehenden ausgeführten Lehren aus den Quellen zu Unterrichtszwecken entwickelt. Je öfter er aber in die Lage kam, sich ihrer zu bedienen, desto unangemessener erschien es ihm, derartige allgemeine Sätze vom Katheder herab vorzutragen, ohne auf dem

---

[1]) Auch die eingehenden Untersuchungen Zitelmann's in seinem „Irrtum und Rechtsgeschäft" dürften nicht ausreichen, um hierbei als Ariadnefaden zu dienen. Immerhin gereicht die unerbittliche Consequenz, mit welcher Zitelmann die von seinem Standpunkte aus nothwendig erscheinende Aufgabe, ohne vor ihren außerordentlichen Schwierigkeiten und ihrer Undankbarkeit zurückzuschrecken, durchgeführt hat, ihm sicherlich zur Ehre.

Turnierplatze der Wissenschaft für sie eine Lanze zu brechen. Die praktischen Ergebnisse seiner Lehren sind zwar in der Hauptsache vermittelnde und berühren sich namentlich in ihren Abweichungen von der herrschenden Meinung vielfach mit den Lehren anderer.[1] [2] Dennoch hält der Verfasser es keineswegs für genügend, nur die bereits von anderen in Fülle gegen die herrschende Meinung in das Feld geführten Angriffsmittel zu sammeln. Freilich würde sich auch dieses lohnen. Gegen die Ansicht, daß der Nachweis des nicht erkennbaren Einzelirrthums eines Contrahenten die übereinstimmenden Vertragserklärungen entkräften kann, ist schon so vieles und so Treffliches ausgeführt worden, daß man beinahe zweifeln könnte, ob diese Meinung nur in ihrem Herrschaftsbesitze gestört oder vielleicht schon aus demselben verdrängt ist. Trotzdem würde solcher Zweifel unberechtigt sein; denn zwei Umstände sind es, welche der angefochtenen Ansicht die Herrschaft zur Zeit unbedingt sichern. Zunächst stimmt sie mit denjenigen Sätzen, welche man für die quellenmäßigen Grundlehren des Vertragsrechts hält, besser überein als die Ansichten der Gegner;[3] diese letzteren haben sich sogar

---

[1]) Am meisten mit den Ausführungen Hartmann's in den dogm. Jahrb. „Wort und Wille im Rechtsverkehr" Bd. XX. S. 1 ff., deren Ergebnisse für den Verfasser darum ebenso überraschend wie ermuthigend waren, weil sie auf ganz anderem Wege gewonnen sind als die seinigen.

[2]) In einem so oft durchwühlten Gedankenkreise kann sich niemand bewegen, ohne bisweilen auch unbewußt fremde Ideen zu reproduciren. Nur der Compilator kennt die Grenze zwischen dem Recipirten und dem Eigenen stets genau, wer dagegen das Aufgenommene geistig zu verarbeiten pflegt, weiß später oft bei dem besten Willen selbst nicht mehr, woher es gekommen ist.

[3]) Vergl. z. B. die Ausführungen Regelsberger's in Endemann's Handbuche des Deutschen Handelsrechtes Band II. S. 405, deren Kenntnißnahme vor der Veröffentlichung der Verfasser der Güte des Herrn Professor Regelsberger, zu dessen Schülern er sich zählen darf, verdankt. Dort wird der Grundsatz der herrschenden Meinung, daß ein Ver-

durch ein etwas ſtarkes Betonen der Vortrefflichkeit ihrer Anſicht vom legislatoriſchen Standpunkte dem allerdings ungegründeten Verdachte ausgeſetzt, daß bei ihnen der Wunſch der Vater des Gedankens ſei.[1]) Sodann erfreut ſich die herrſchende Meinung zwar mangelhafter, aber doch immerhin beſtimmt gefaßter Formeln, wie ſie von der Praxis niemals aufgeopfert werden, wenn ihr nicht ein gleich tauglicher Erſatz dargeboten wird.

Ein ſo mächtiger Gegner, wie die herrſchende Meinung es hiernach iſt, läßt ſich nicht, wie der Rieſe Goliath, durch einen genialen Steinwurf tödten, vielmehr muß man ihm in unermüdlichem Kampfe Schritt für Schritt Terrain abgewinnen. Nichts war bisher dieſem Unternehmen ſchädlicher, als der Umſtand, daß ein Theil der Gegner dieſer Anſicht den Angriff auf ihre Beweisführung aus den Quellen aufgegeben hat.

Gerade hier möchte der Verfaſſer einſetzen und aus einer möglichſt ſorgfältigen Einzelexegeſe heraus, welche die Belegſtellen nicht blos ſtückweiſe, ſondern durchweg vollſtändig und im gegenſeitigen Zuſammenhange beobachtet, Grundſätze, welche man ſehr mit Unrecht gewöhnlich nur auf allgemeine Deductionen ſtützt, als feſte Thatſachen der Geſchichte erweiſen.

Hierbei wird ſich freilich herausſtellen, daß die Zähigkeit, mit welcher die herrſchende Meinung einigen übertriebenen Lehren der Neuerer widerſtand, berechtigt war.

---

tragsinhalt von jedem Contrahenten gewollt ſein müſſe, ausdrücklich als quellenmäßig anerkannt (S. 405 Anm. 2), ſeine wichtigſte Conſequenz aber beſtritten (S. 407 Anm. 11).

[1]) Vergl. z. B. Demelius, welcher meint (in der Zeitſchrift für das Privat- und öffentliche Recht. Wien 1882. Bd. IX. S. 321), daß die der herrſchenden Meinung entgegengeſetzte Anſicht von „kühneren Interpreten in die Quellen hineingetragen" werde, ſicherlich der ſchwerſte Vorwurf, welchen man der Exegeſe machen kann. Nicht durch Kühnheit, ſondern durch Sorgfalt der Exegeſe iſt die übliche Lehre zu bekämpfen.

Freilich stützt sie sich nicht blos auf die Quellen, sondern umgürtet sich daneben auch namentlich neuerdings mit dem Scheine einer besonderen Folgerichtigkeit, indem sie sich an Sätze der Erkenntnißlehre und der Psychologie anlehnt. Der Verfasser hält derartige Argumentationen den Quellen gegenüber für durchaus bedeutungslos, weil er von der streng historischen Natur alles positiven Rechtes ausgeht. Da jedoch die Erfahrung lehrt, daß die verführerische Aehnlichkeit der dialektischen Hilfsmittel, mit welchen Jurisprudenz und Philosophie in gleicher Weise arbeiten, immer auf das Neue wieder die schon oft widerlegte Ansicht erzeugt, daß nicht blos das juristische Werkzeug, sondern auch der Rechtsstoff selbst etwas a priori Gegebenes sei, so glaubt der Verfasser diesen unüberwindlichen Irrthum hier nicht anders bekämpfen zu können, als indem er, ohne sich von der üblichen Sprach- und Anschauungsweise allzusehr zu entfernen, auf den philosophischen Ideenkreis der Gegner da, wo es noth thut, einzugehen und ihn aus seinen eigenen Prämissen heraus zu zerstören sucht. Nur so kann es gelingen, Vorurtheile zu beseitigen, welche aus denselben Gründen, aus denen die Rostflecken eines Spiegels die von diesem aufgenommenen Bilder entstellen, eine unbefangene Quellenauslegung unmöglich machen.

Aus den in dieser Weise gewonnenen Quellenresultaten sollen dann einige einfache Sätze gebildet werden, von welchen der Verfasser hofft, daß sie an die Stelle des bisherigen complicirten Apparates der Irrthumslehre treten können, ohne daß dadurch einer Befriedigung der Bedürfnisse der Rechtsauslegung, der Rechtsanwendung und des Rechtsunterrichtes Abbruch geschieht. Vor allem aber erachtete er Eins als sein Hauptziel, „die Vermeidung aller neuen Verwicklungen". Er selbst würde die Abfassung seiner Arbeit bedauern, wenn sie dahin führte, in den gordischen Knoten der Vertragstheorien noch neue Verknüpfungen

hineinzuflechten. Nicht neue Bahnen will er weisen, sondern zur Verständigung unter den streitenden Parteien beizutragen suchen, nicht auf eine Vermehrung, sondern vor allem auf eine Ordnung des vorliegenden Ideenstoffes strebt er hin. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe würde ihn sicherlich trotz allem doch zurückgeschreckt haben, wenn ihm nicht aus dem Quellenstudium heraus allmählich die Ueberzeugung emporgetaucht wäre, daß die gesammte Aufgabe, so vielgestaltig sie sich auch darstellt, sich doch in einem einzigen unscheinbaren Punkte concentrirt, welcher, sobald man ihn zu seinem Standorte wählt, über ein Gebiet, das von anderer Stelle aus als ein Labyrinth erscheinen muß, einen klaren Ueberblick gewährt. Dieser eine Punkt, zugleich Ausgangs- und Uebersichtsstelle, liegt nicht in den entlegenen Schluchten einer halsbrecherischen Dialektik, sondern es handelt sich um die Beseitigung eines Fehlers ganz untergeordneter Art, eines gewöhnlichen Uebersetzungsfehlers. Die Berichtigung der Uebersetzung des Wortes consensus ist bereits von Röver,[1]) freilich in unzureichender Weise, angeregt, aber nicht genügend beachtet worden. Sie möchte der Verfasser als einen von den Bauleuten verworfenen Eckstein der Quellenexegese zu Ehren bringen. Sie läßt uns die Voraussetzungen eines gültigen Vertrages mit Leichtigkeit beantworten, sie führt uns zu einer Berichtigung und Erweiterung der Lehre

[1]) Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. Rostock, Hermann Koch, 1874. S. 24. Röver hat nicht nur einzelne Stellen in unbefriedigender Weise ausgelegt, sondern auch die Unvorsichtigkeit begangen, die einzige Stütze seiner Ansicht, die Quellen, selbst zu discreditiren. Er behauptet nämlich, die römischen Juristen seien sich selbst über die Bedeutung des Wortes consensus nicht immer klar gewesen (S. 42) und hätten die Ausdrücke für Willen und Willenserklärung mit einander verwechselt. Dagegen mit Recht Windscheid, Archiv f. civ. Pr. Bd. 63 S. 68. Trotzdem hält der Verfasser die von Röver gegebene Anregung für eine höchst verdienstliche.

von der stillschweigenden Erklärung und Bedingung und damit zu dem Hauptschlüssel der Irrthumslehre. Diesen sieht der Verfasser in dem Satze, daß der Irrthum in zwei Fällen nichtige Verträge nach sich zieht, einmal, wenn die Vertragserklärungen sich nicht unter einander decken (dissensus), und zweitens, wenn ein Umstand nicht wahr ist, welchen die Contrahenten für wahr halten, aber doch stillschweigend zur Geschäftsbedingung machen.

Dieses Ergebniß bietet jene Berichtigung, indem sie die Hilfsmittel der Quellenauslegung, „die sog. Rechtsidee", die „Natur der Sache", den legislatorischen Zweck der Rechtssätze und das Rechtsgefühl zwar keineswegs außer Acht lassen, es aber auf das Sorgfältigste vermeiden will, sie für etwas anderes zu halten, als eben für bloße Hilfsmittel, welche weder statt der Quellen noch gegen dieselben eine Geltung beanspruchen dürfen.

Die „Rechtsidee" bedeutet entweder einen allgemeinen anerkannten Satz und dann ist sie eben selbst objectives Recht, oder den legislatorischen Zweck, d. h. eine Darlegung des Bedürfnisses, dem der Rechtssatz dient oder dienen soll, in diesem Sinne ist sie freilich etwas Reales von bedeutendem wissenschaftlichen Werthe.[1])

[1]) Wo die wörtliche und logische Auslegung der Quellen zu mehreren gleich möglichen Resultaten führt, da muß die Frage, welches vom legislatorischen Standpunkte das Beste ist, den Ausschlag geben, nicht aber, wie man vielfach annimmt, der Begriff oder das Wesen des in Frage stehenden subjectiven Rechtes; denn dieser hängt vom objectiven Rechte ab, folglich kann man dieses nicht aus ihm erklären. Dies ist die wichtigste methodologische Errungenschaft der in Ihering's „Zweck im Rechte" angebahnten Erweiterung unserer wissenschaftlichen Aufgabe, welche neben der Darstellung eines jeden Rechtssatzes eine Beantwortung der Frage, wozu er im Leben diene, verlangt. — In dem ersten Theile der Methodik der Privatrechts-Wissenschaft von Dr. Pfersche, Graz 1881 (vergl. namentlich S. 28), wird der Idee Ihering's der Satz substituirt, daß nach den „Wirkungen" der Rechtssätze zu forschen sei. Der Verfasser sieht hierin keine Verbesserung; denn der Zweck des objectiven Rechts wird nur dann in den Wirkungen

Abgesehen hiervon schleichen sich leicht unter dem Namen von „Rechtsideen" unfruchtbare Phantasiegebilde, unbewiesene Behauptungen ein. Ganz ebenso verhält es sich mit der „Natur der Sache".[1])

Auch das Rechtsgefühl, „die instinctive Rechtserkenntniß"[2]) darf man nicht überschätzen.[3]) Man wird vielmehr der Regel

---

des Rechts erreicht werden, wenn Dogmatik und Praxis ihn genügend beachtet haben. Die Ermittelung des Zweckes des Rechts geht also seiner Wirkung voraus.

[1]) Vgl. hierüber die treffenden Bemerkungen Bekker's S. 34—36. Bd. 22. krit. Vierteljahrsschrift. Nicht mit Unrecht herrscht daher vielfach ein grundsätzliches Mißtrauen gegen die zuerst bekanntlich von Runde sogenannten Argumentationen aus der Natur der Sache. (Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 360.) Man kann darunter zwar Deductionen aus allgemeinen positiven Rechtsgrundsätzen oder auch deren Auslegung aus ihrem Zwecke verstehen, und dann ist sie durchaus sachgemäß. Man kann aber auch darunter Deductionen aus philosophischen Postulaten, welche innerhalb der Geschichte gar keine Anerkennung gefunden haben, aus subjectivem Belieben oder aus rein legislatorischen Gesichtspunkten verstehen, und dann sind sie für die positive Jurisprudenz ohne direkten Werth.

[2]) Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 144.

[3]) Es verhält sich mit dem Rechtsgefühle wie mit dem Sprachgefühle; man muß sich von demselben leiten lassen, man darf auch an ein solches Gefühl bei anderen appelliren; findet sich aber, daß die eigene Empfindung von einem anderen nicht getheilt wird, so hat man nicht das Recht, die erstere ohne weiteres als Autorität anzuführen. Gerade in der Vertragslehre herrscht ein solcher grundsätzlicher Zwiespalt der Empfindungen. So reagirt z. B. Zitelmann's Gefühl (Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 406) gegen die Annahme, daß Jemand aus einem nicht erkennbaren Scherze haften soll „mit außergewöhnlicher Stärke", während der Verfasser in sich die entgegengesetzte Empfindung beobachtet. Sobald ein Fremder aus Unkenntniß des Ortsdialektes bei einem Vertragsabschlusse Mißverständnisse herbeiführt und es sich fragt, ob die bona fide contrahirenden Einheimischen oder er den Schaden tragen sollen, wenden sich Zitelmann's Sympathien ihm, diejenigen des Verfassers seinen Mitcontrahenten zu (S. 420). Aehnlich bei dem ebenda S. 421 erwähnten Verhalten eines zerstreuten Käufers.

nach sein Rechtsgefühl dadurch am besten bethätigen, daß man mit Beweismitteln operirt, welche eine ausdrückliche Berufung auf dasselbe überflüssig machen. Freilich hat man aus besonderen geschichtlichen Gründen dem Rechtsgefühle für das Gebiet des gemeinen Rechtes eine Autorität zugesprochen, welche es ohne dieselben nicht haben würde, indem man behauptete, das römische Recht sei nur so weit recipirt, als es „unserm" Rechtsbewußtsein nicht widerspreche.[1]) Allein diejenigen Juristen, welche das römische Recht aufnahmen, waren viel zu sehr von einer kritiklosen Bewunderung desselben erfüllt, um der Reception desselben eine so schwerwiegende Bedingung anzuheften. Der modernen Jurisprudenz aber, welche kritischere Gesinnungen hegt, steht die Reception als eine geschichtliche Thatsache gegenüber, welche als solche zu beobachten den Richter sein Amtseid zwingt. Allein selbst wenn er in der Anwendung der Quellen freie Hand hätte, so würde doch seine eigene Einsicht ihn dahin treiben müssen, durch Festhalten an dem gegebenen Rechtsstoffe einem Zustande vorzubeugen, in welchem das Ermessen des Richters auch da Rechtsfolgen eintreten lassen kann, wo das objektive Recht sie nicht vorschreibt; [2]) denn das Recht verfehlt seine Hauptbestimmung,

---

[1]) So Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig 1876. S. 209. Dieses Buch ist der Versuch, aus Verzweiflung an den Ergebnissen der Quellenexegese (S. 336) an die Stelle unsrer positiven Rechtswissenschaft eine aus dem individuellen Rechtsgefühle herzuleitende Rechtslehre, also gewissermaßen ein Naturrecht mit dem Anspruche auf positive Giltigkeit herzustellen. Selbst wenn man dies Verfahren grundsätzlich für unzulässig hält, wie es auch der Verfasser thut, so wird man doch das gedankenreiche Buch dann gerechter beurtheilen, als es oft geschieht, wenn man bedenkt, daß die Intuitionen, welche Schloßmann nach seiner Methode gewinnt, doch, in soweit es sich um praktische Resultate handelt, im ganzen glückliche sind und den Quellen näher stehen, als er selbst es glaubt.

[2]) Wie es z. B. Schloßmann, Der Vertrag, S. 284, verlangt.

den einzelnen einen Rechtsschutz zuzusichern, auf dessen Eintreten im Nothfalle er jederzeit rechnen und nach welchem er mit Bestimmtheit sein Verhalten einrichten kann, wenn das individuelle Ermessen des Richters [1]) und nicht die unwandelbare Rechtsnorm den Hauptausschlag giebt. Mit der Herstellung einer von dem überlieferten objectiven Rechte unabhängigen Rechtsprechung dürfte es daher wohl gute Weile haben. [2])

---

[1]) Vergl. Windscheid, Archiv für civ. Praxis. Bd. 63. S. 79.

[2]) Der Praxis selbst wird bei der ihr neuerdings immer mehr aufgedrängten Gottähnlichkeit bange, sie deckt ihre Verantwortlichkeit gern mit einem altbewährten Texte. Sollte dies wirklich, wie man bisweilen anzunehmen scheint, bloße Beschränktheit sein, so hat es doch wenigstens Methode.

Erſter Abſchnitt.

Die Vertragserklärungen.

§. 1.

Der Stand der Hauptfrage und der Standpunkt des Verfaſſers.

Unſere Quellen machen die Entſtehung der wichtigſten rechtlichen Wirkungen von dem Vorhandenſein eines Thatbeſtandes, welchen ſie unmittelbar oder mittelbar als consensus bezeichnen, abhängig. Es gehört dahin namentlich die Uebertragung des Eigenthumes,[1]) die Begründung[2]) und Aufhebung[3]) dinglicher Rechte an fremden Sachen, insbeſondere des hypothekariſchen Pfandrechtes,[4]) ferner die Erzeugung[5]), Abänderung,[6]) Ueber-

[1]) Hier genügt freilich nicht ein bloßer consensus, aber trotzdem iſt ein Conſens unerläßlich. §. 40. inst. de rer. divis. 2, 1. l. 9. §. 3. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. l. 55. dig. de obl. et act. 44, 7.

[2]) §. 4. inst. de serv. 2, 3. §. 1. inst. de usufructu 2, 4. l. 3. pr. l. 25. §. 7. dig. de usufr. 7, 1. c. 3. Cod. de serv. 3, 34. Gajus. II. 29—32. c. 1. Cod. de jure emphyteutico. 4, 66. §. 3. inst. de locatione. III. 24. l. 1. §. 1. dig. de superficiebus. 43, 18.

[3]) §. 3. inst. de usufr. 2, 4. l. 14. §. 1. dig. de serv. 8, 1.

[4]) l. 4. dig. de pign. 20, 1. c. 2. Cod. de rem. pign. 8, 25 (26).

[5]) Gajus. III. 89, 119, 135, 154a. l. 19. dig. pro socio. 17, 2. u. a.

[6]) l. 25. pr. de pecunia const. 13, 5. l. 1 §. 5 eod.

tragung[1]) und Aufhebung[2]) von Forderungen, endlich die Begründung[3]) und Aufhebung[4]) gewisser Familienrechte.

Die Frage nach der Bedeutung dieses Wortes ist also präjudiciell für die wichtigsten Lehren des Civilrechtes, die Lehre von der Entstehung, Aenderung, Uebertragung und Aufhebung der Rechte sowohl im Allgemeinen als auch bei den wichtigsten einzelnen Privatrechten hängt hiervon ab.[5])

Will man nun gar die Frage beantworten, in wie weit ein bei Vertragsunterhandlungen untergelaufener Irrthum diesen die Merkmale eines wirklichen Vertrages raubt, so muß man in der Erklärung des Wortes consensus eine unumgängliche Vorarbeit sehen.

Nun hat aber gerade diese Auslegung eigenthümliche Schicksale gehabt.

Vergegenwärtigen wir uns den außerordentlichen Einfluß, welchen das Werk „De verborum significatione“ von Brissonius für die Exegese und die Ausdrucksweise der lateinisch redenden Jurisprudenz und der aus ihr herausgewachsenen modernen Denk- und Redeweise gehabt hat, so werden wir die Bedeutung einer in demselben vorliegenden, auf einen täglich wiederholten Quellenausdruck bezüglichen Auslegung selbst dann gewißlich nicht gering veranschlagen, wenn wir sie nicht für richtig halten können. Dies ist der Fall hinsichtlich der Erklärung des Wortes velle: Velle apud jurisconsultos est, expressis et disertis verbis testari et profiteri se velle, ut ex diverso nolle est vetare et con-

---

[1]) titulus dig. 18, 4.

[2]) §. 4. inst. quib. mod. toll. obl. 3, 29.

[3]) l. 2. dig. de sponsal. 23, 1.

[4]) §. 8. inst. quib. mod. 1, 12.

[5]) Daß sie auch für das öffentliche Recht, welches das ganze Mittelalter hindurch civilrechtliche Grundsätze in sich aufnahm, bedeutsam sind, braucht der Verfasser wohl nicht erst zu erweisen.

tradicere et ita declarare, zu deutsch velle heißt: „eine ausdrückliche Willenserklärung abgeben.“ Seitdem wir das römische Recht verdeutschen und namentlich diejenigen Ausdrücke desselben, welche das philosophische Gebiet streifen, mit besonderer Schärfe zergliedern, wissen wir, daß Brissonius sich geirrt hat, daß velle vielmehr eine mehrfache Bedeutung hat und jedenfalls bisweilen die Willenserklärung — dann aber freilich auch die stillschweigende — der Regel nach aber — z. B. in der berühmten lex 3 dig. de rebus dubiis 34, 5 — einen innern Willen bezeichnet. Zugleich ist es aber auch durchaus klar, wodurch gerade ein hervorragender Praktiker zu jenem Uebersetzungsfehler verleitet wurde. Man braucht nur einer einzigen Gerichtssitzung beigewohnt zu haben, um zu wissen, daß im täglichen Leben für den inneren Willen und seinen äußeren Ausdruck als zwei der Regel nach praktisch gleichwerthige und mit einander verbundene Dinge unterschiedslos der Name „Wille“ gebräuchlich ist.[1])

Aus dem Uebersetzungsfehler von Brissonius folgt nun, daß, so lange er herrschte, man unter der üblichen Bezeichnung des consensus[2]) als einer „Uebereinstimmung zweier Willen“ nur die „Uebereinstimmung des Inhaltes zweier Erklärungen“ verstehen konnte. In diesem Sinne erscheint der Consensbegriff noch bei Glück, denn obwohl auch er[3]) davon spricht, daß zu einem gültigen Vertrage auch Willensübereinstimmung gehöre, so lassen doch seine Auslassungen auf Seite 50 ebendaselbst auch nicht den geringsten Zweifel darüber, daß er als wesentlichste Voraussetzung

---

[1]) Vergl. Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. Rostock 1874. S. 22.

[2]) Vergl. Brissonius s. voce consensus.

[3]) Pandektencommentar Bd. 4 S. 147.

eines Vertrages nur zwei nach ihrem Sinne[1]) sich deckende Erklärungen, keineswegs aber daneben noch die Harmonie innerer, bei dem Vertragsschlusse nicht erkennbarer Absichten verlangt. Auch Savigny ist von dieser Ansicht durchaus nicht, wie man meint, abgewichen, sehr mit Unrecht schreibt man ihm die Meinung zu, daß eine lex contractus nur dann gelten könne, wenn sie sich mit den inneren Einzelwillen eines jeden der beiden Contrahenten decke und daß namentlich der Einzelcontrahent an seine zweifellose Erklärung dann nicht gebunden sei, wenn ein sog. „wahrer innerer Wille" nicht hinter derselben steht. Es ist richtig, daß Savigny sich nicht ganz sorgfältiger Weise ausgedrückt hat, wenn er (System Bd. III. Seite 308) von den Erfordernissen des Vertrages redend bemerkt:

„Diese Mehreren (die Paciscenten) müssen irgend Etwas, „und zwar Beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, denn so „lange noch entweder Unentschiedenheit oder Mangel an Ueber„einstimmung vorhanden ist, wird Niemand einen Vertrag an„nehmen können."

Trotzdem würde doch nur eine oberflächliche Betrachtung aus diesem Satze die Folgerung herleiten können, daß Savigny auch bei voller Uebereinstimmung des Sinnes der Erklärungen auf einen abweichenden Einzelwillen Gewicht legte; denn das Wörtchen „noch" in dem angezogenen Satze beweist auf das Schlagendste, daß hier nicht von abgeschlossenen Vertragserklärungen, sondern nur von schwebenden Vorverhandlungen die Rede ist. Daß zu dem fertig vorliegenden Vertrage nach seiner Meinung die innere Willensübereinstimmung nicht unbedingt gehören soll, dies ist durch die Definition des Vertrages S. 309 außer Zweifel gestellt:

---

[1]) Unter dem Sinne einer Erklärung ist der Gedanke zu verstehen, welchen derjenige, an den sie sich richtet, aus derselben entnehmen muß.

„Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer über-
„einstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechts-
„verhältnisse bestimmt werden."

Von der innern Willensharmonie, welche noch neben den sich deckenden Erklärungen stehen soll, findet sich hier keine Spur. Allerdings heißt es im System Bd. III. S. 6, die Willenserklärung erscheine bisweilen als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heißt als Vertrag, allein daß Savigny hier das Wort „Wille" nicht als einen psychologischen Vorgang,[1]) sondern in dem Sinne des Brissonius als den in der Erklärung enthaltenen Gedanken verstanden haben will, muß daraus mit zweifelloser Gewißheit entnommen werden, daß er den übereinstimmenden Willen ausdrücklich als eine Unterart des Begriffs Willenserklärung hinstellt. Es scheint aber, als habe Savigny das Bedürfniß gefühlt, etwaigen Mißverständnissen seiner Meinung durch einen besonders klaren Ausspruch vorzubeugen; denn er bemerkt (System Band III. S. 258 ff.): „Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird."

Dieser Satz wird mit der größesten Unbefangenheit als eine selbstverständliche Wahrheit vorgetragen. Daß Savigny etwa eine mit der eigenen Lehre im Widerspruche stehende Concession an eine „gegnerische Theorie"[2]) bezweckt habe, darauf deutet nicht das

---

[1]) Wie es am Schärfsten von Brinz' Pand. Bd. 1 S. 1574 §. 359 behauptet worden ist.

[2]) So nennt Zitelmann in den dogmatischen Jahrbüchern, Bd. 16, S. 359, die Auslassungen Savigny's in seinem System, Band III. S. 258 ff. Es ist überhaupt auffallend, wie wenig die citirte Auslassung

Geringste hin. Es würde in der That schwer sein, die wissenschaftlichen Gegner zu nennen, welchen entgegenzukommen Savigny damals Veranlassung hatte. Daß aber jener Satz nicht eine principlose Ausnahme war, sondern auf v. Savigny's Grundauffassung von dem Zwecke des staatlichen Vertragsschutzes beruhte, erweist seine Bemerkung (Band III. S. 258), daß „alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können,“ [1]) welche über seine eigentliche Meinung in der That keinen Zweifel übrig läßt.

In der That wurde hier nur dasjenige wiederholt, was eine altbekannte Wahrheit war und was z. B. schon Samuel Pufendorf [2]) und sogar schon Ulpianus in der l. 1. pr. dig. de

---

Savigny's in der neueren Literatur beachtet ist. Windscheid in seinem Aufsatze „Wille und Willenserklärung“, Archiv für civ. Praxis, Band 63, S. 72 ff., und Zitelmann in den 614 Seiten seines „Irrthum und Rechtsgeschäft“ erwähnen sie nicht. Röver, „Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen“, Rostock 1874, behauptet, S. 1, die seiner und Savigny's Meinung entgegengesetzte Ansicht (!) sei von jeher einstimmig (!) anerkannt worden. Bekker, kritische Vierteljahrsschrift, (Bd. 3, S. 183) erwähnt sie freilich, er berichtet aber S. 200 einen Fall nichterkennbarer Personenverwechslung mit dem Bemerken, kein Gerichtshof werde aus Respect vor der Autorität Savigny's einen solchen Irrthum für erheblich halten, während diese Verwechslung nach Savigny's citirter Ansicht gleichgiltig sein würde. Auch Bd. 22 der krit. Vierteljahrsschrift, S. 50, schreibt er die Schuld des Fortbestandes der herrschenden Lehre dem Umstande zu, daß Savigny sie in eine relativ annehmbare Form gebracht hat, während er doch S. 51, 52, 55 ff. durchaus in trefflichster Weise im Sinne der angezogenen Behauptung v. Savigny's argumentirt.

[1]) Aehnliche Ausführungen finden sich freilich auch bei Anhängern der herrschenden Meinung, z. B. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I. §. 104.

[2]) de officio hominis et civis secundum legem naturalem lib. I. cap. IX. §. 3. citirt bei Seuffert: „Zur Geschichte der obligatorischen Verträge“. Nördlingen. Beck'sche Buchhandlung 1881. S. 137.

pactis II. 14 [1]) auf das Deutlichste auseinandergesetzt haben, indem sie hervorhoben, daß die fides humana, die Sicherheit, auf ein gegebenes Wort des andern rechnend, seine wirthschaftlichen Pläne zu entwerfen, der Hauptgegenstand des staatlichen Schutzes sein muß.

Die Theorie Savigny's läßt sich also dahin zusammenfassen: Zwei oder mehrere übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen d. h. Erklärungen des Inhalts, daß die Erklärenden die Bestimmung, daß etwas für sie gelten solle, als bindend anerkennen, sind dann rechtswirksam, wenn sie nicht mit den übereinstimmenden inneren Willen der Paciscenten im Widerspruche stehen, der Einzelwille aber, welcher aus der Erklärung dem Adressaten derselben nicht ersichtlich war, ist rechtlich gleichgültig."

Dies ist die bis und bei Savigny herrschende Meinung, von welcher der Verfasser auf das Lebhafteste wünscht, daß sie nach kurzer Beseitigung wieder den ihr gebührenden Ehrenplatz einnehmen möge. Savigny unterscheidet also drei Fälle:

1) Der Sinn der übereinstimmenden Erklärungen deckt sich mit den übereinstimmenden inneren Willen.
2) Der Sinn der übereinstimmenden Erklärungen geht auf etwas Anderes als die übereinstimmenden inneren Willen (Nichtige Verträge).
3) Der Einzelwille weicht in nicht erkennbarer Weise von dem Inhalt der übereinstimmenden Erklärung ab (giltige Verträge).

Es kommt also nach Savigny schlechterdings nicht durchweg auf den inneren Willen und auch nicht durchweg auf die Er-

[1]) Dieser für die Pandektenauslegung und Rechtsanwendung hochwichtige Grundsatz verdient nicht den ihm neuerdings zu Theil gewordenen Namen einer „allgemeinen Phrase". Er betrifft eine Hauptvorbedingung des menschlichen Zusammenlebens und wenn die Rechtsprechung ihn mißachten würde, so würde dies die unheilvollsten materiellen Nachtheile zur Folge haben (vgl. auch die vortrefflichen legislatorischen Ausführungen von Cujacius ad l. 1. dig. de pactis. 2, 14.)

klärung an, sondern in den Fällen 1. und 2. auf den ersteren, im Fall 3. auf die letztere, und der Grund dieses Unterschiedes ist aus dem Zwecke des Vertragsschutzes trefflich motivirt.

Man möchte vielleicht die Frage aufwerfen, wie es kam, daß eine so vorzüglich begründete Ansicht so bald die Herrschaft verlor, daß so bald der von Savigny angewandten Bedeutung des Wortes „Wille“ eine andere substituirt und demnächst der Fall Nr. 3 anders entschieden wurde. Der Verfasser kann sich dies nicht anders erklären, als aus Nachwirkungen der Naturrechtsanschauungen und aus einem Bestreben, philosophische Begriffe in die Jurisprudenz hineinzuziehen, welches sich an einer unrichtigen Stelle bethätigt.[1])

Mag nun aber diese individualistische Naturrechtsanschauung oder das Mißverständniß der Quellen das eigentlich Treibende gewesen sein,[2]) so viel steht fest, daß die herrschende Meinung nicht mehr auf dem Standpunkte Savigny's steht, ja so schnell gerieth dieser in Vergessenheit, daß diejenigen, welche den Einzelwillen für mächtiger halten als die lex contractus, für die Parteigänger Savigny's und die Vertheidiger einer altehrwürdigen Meinung[3]) gelten,[4]) während sich denjenigen, welche die ältere

---

[1]) Es ist diese Richtung ganz in Uebereinstimmung mit den Grundgedanken der Naturrechtsschule, mit der durchaus unhistorischen Theorie Rousseau's von dem Wesen des Staats als einer freien Schöpfung der Unterthanen. Nimmt man an, daß das Staatswesen vom Einzelnen abhängt, wie sollte man dann wohl der lex privata eine Wirkung beimessen, welche man nicht einmal der lex publica zuerkennt?

[2]) In Wahrheit wird wohl das Eine von dem Andern unterstützt worden sein.

[3]) Zitelmann citirt zwar Savigny III. S. 258 (dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 359), bezeichnet aber (S. 422) die entgegengesetzte Meinung als eine „alte herrschende“, welche den Besitzstand für sich habe, gleich als ob Savigny's Wort ohne jede Bedeutung wäre.

[4]) So zollt z. B. dieser Ansicht ihr Gegner Röver die Anerkennung einer bisher unangefochtenen Lehre (a. a. O. S. 1).

Ansicht auf's Neue hervorkehren, die Vortheile uud Nachtheile des Scheines einer Neuerung zukehren.

Daß zu einem gültigen Vertrage eine Harmonie einer jeden Einzelerklärung mit dem Willen des Erklärenden gehöre, muß jetzt als die herrschende Meinung bezeichnet werden.[1]) Dagegen hatte bereits die Abhandlung Ihering's über die culpa in contrahendo[2]) vom Standpunkte des lebendigen Verkehrsbedürfnisses aus durch das bekannte Wort von der „praktischen Trostlosigkeit" der herrschenden Meinung zu deren Berichtigung den ersten Anstoß gegeben.[3]) Demnächst haben Regelsberger[4]) und Bähr[5]) — ersterer wenigstens bis zu einem gewissen Grade — die richtigere Ansicht wieder aufgenommen.[6]) Allerdings ist die Reaction gegen die herrschende Lehre in Folge einer unglücklichen Frage-

---

[1]) Windscheid hat die richtige Ansicht, „Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Contrahenten in demjenigen Sinne, in welchem er sie auffassen mußte", Pandekten I. §. 84 Nota 11, ausdrücklich im Archiv f. civ. Pr. Bd. 63 S. 72 widerrufen. Vgl. Brinz, Pand. S. 1574. Auch Bekker, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 22 S. 33 ff., erkennt die Ansicht, welche lediglich auf den inneren Willen sieht, als herrschende an, ohne sie zu theilen.

[2]) Dogm. Jahrb. Bd. IV. S. 1 ff. Gesammelte Aufsätze S. 327 ff.

[3]) Vgl. hierüber Hartmann, dogm. Jahrbücher Bd. 20. S. 14.

[4]) Civilrechtliche Erörterungen I. S. 17—23. 1868, welcher allerdings in der Lehre vom Irrthum nicht weit genug geht (S. 20). Vgl. jetzt auch im Handbuch des Handelsrechtes Bd. II. S. 407.

[5]) Ueber Irrungen im Contrahiren Ihering's Jahrb. XIV. S. 393 bis 427.

[6]) In gleichem Sinne äußerten sich namentlich Bähr in Ihering's dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 393 ff.; Kohler, ebenda. Bd. XVI. S. 325 ff. und Bd. XVIII. S. 133 ff.; Bekker, ebenda. Bd. 22. S. 47 ff.; Lenel, in Ihering's dogm. Jahrb. Bd. XIX. Abhdl. 5. Vgl. jetzt auch Demelius, Zeitschr. f. das Privat- und öffentliche Recht. Bd. IX. S. 320 ff., welcher die herrschende Meinung wenigstens für das heutige Recht nicht für angemessen hält.

stellung vielfach über das richtige Ziel hinausgegangen. Man pflegt nämlich neuerdings die Frage dahin zuzuspitzen: „Kommt es auf den wirklichen Vertragswillen oder den durch äußere Erklärungen hervorgerufenen Schein an?“ „Entscheidet der Wille oder die Willenserklärung?“ [1])

Freilich geht diese Fragestellung mehr von den Vertretern der herrschenden Meinung als von ihren Gegnern aus, doch ist sie nicht ohne die Schuld einiger der letzteren entstanden, denn es war eine Uebertreibung, daß man ohne Quellenbeweis der Partei auch den von ihr gar nicht verursachten Schein einer Willenserklärung zurechnete, z. B. den Aussteller einer nicht von ihm fortgegebenen, sondern ihm entwendeten Urkunde in gewissen Fällen aus derselben dem redlichen Erwerber haften ließ. [2]) Man übersah ferner, daß — wie erwiesen werden soll — bei einem von der Vertragsabrede abweichenden übereinstimmenden inneren Willen der Contrahenten und bei mehrdeutigen Abreden der innere Wille allerdings den entscheidenden Ausschlag giebt. In dem praktisch wichtigsten Punkte aber, in dem Rückgriffe auf die oben geschilderte Ansicht Savigny's von der Unerheblichkeit der nicht erkennbaren Differenz zwischen dem Einzelwillen und der verabredeten lex contractus war diese Richtung eine wohlbegründete, und daß ihr auch die Praxis huldigt, ist schon wiederholt hervorgehoben worden. [3])

---

[1]) Vgl. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 389.

[2]) Vgl. Bähr, Dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 414.

[3]) Vgl. z. B. Bekker, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 22, S. 52, und die Mittheilungen Windscheid's im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63, S. 108 ff., insbesondere auch die Gründe des Oberappellationsgerichts in Berlin bei Seuffert, XXIX. 215. Die Praxis ist immer bis zu einem gewissen Grade der Ausdruck derjenigen Ansicht, in welche die Mehrzahl der Juristen bei ihren Studien eingeführt ist, also jetzt noch

Ihre Schwäche besteht nur darin, daß sie die Quellenexegese und die philosophischen Deductionen der Gegner nicht umzustürzen vermocht hat. So mag denn im Folgenden sogleich der Angriff gegen das erste dieser Bollwerke der herrschenden Lehre beginnen.

---

§. 2.

Das Wort consensus bedeutet nicht eine innere Uebereinstimmung der Contrahenten.

Die Abweichung der augenblicklich herrschenden Meinung von dem Stande der Quellen zwingt den Verfasser, den unerwünschten Anschein zu erwecken, als vertrete er eine paradoxe Meinung, wenn er behauptet, daß das Wort consensus in unseren Quellen keinen inneren Seelenvorgang, sondern immer nur einen Thatbestand der Außenwelt, nämlich eine oder mehrere Uebereinstimmungs- oder Zustimmungs-Erklärungen bezeichnet.

Die Andeutung Röver's, daß consensus nicht eine innerliche Willensübereinstimmung bedeute, ist von einer gewichtigen Autorität als „ein Auskunftsmittel in einer übeln Lage" ohne Weiteres zurückgewiesen worden.[1]) Noch entschiedener sind die Worte Zitelmann's:[2]) „Es ist eine auch nicht auf einen Schatten von Beweis gestützte Behauptung, daß diese Worte (consentire, consensus) nicht die Uebereinstimmung der Absichten, sondern bloß der Erklärungen bedeuteten." Es ist darauf um so mehr Ge-

---

der Ansicht Savigny's. Wenn erst ein Mal die Schüler der jetzt herrschenden Meinung die Praxis beherrschen würden, dann würden sie dieselbe auch anwenden, wie es in der That schon jetzt bisweilen geschieht (vgl. dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 418).

[1]) Windscheid, Archiv für civilistische Praxis. Bd. 63. S. 86.

[2]) Dogm. Jahrbücher. Bd. 16. S. 425.

wicht zu legen, als die Quellenauslegungen Zitelmann's, obwohl sie äußerst knapp gefaßt sind und die benützten Fragmente nur auszugsweise mittheilen und berücksichtigen, dennoch von berufener Seite als beachtenswerth anerkannt worden sind.[1])

Auch die gewichtige Autorität Dirksen's läßt sich nicht geradezu, wie man geglaubt hat,[2]) gegen die herrschende Meinung in die Wagschale werfen.

Dagegen vertritt die neuere romanistische Jurisprudenz mit Entschiedenheit die vom Verfasser angefochtene Ansicht.[3])

Diese Auffassung des consensus als einer inneren Willensübereinstimmung hat sich sogar so fest eingenistet, daß selbst die

---

[1]) Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. §. 241. S. 495. Anm. 2.

[2]) Röver (Ueber die Bedeutung des Willens ꝛc.), S. 41, meint, daß Dirksen unter consensus nur „Erklärungen" verstehe. Dirksen definirt aber in seinem manuale latinitas fontium das Wort consentire unter Nr. 1 als aequalem voluntatem sive consensum exhibere. Hiernach würde dasjenige, was exhibirt wird, consensus heißen, und die Exhibitionshandlung selbst consentire, was nicht wahrscheinlich, wenn auch vielleicht nicht unmöglich ist. Ob Dirksen freilich unter dem exhibirten consensus oder voluntas die im Kopfe vor ihrer Publikation formulirte Erklärung oder den innern von der herrschenden Meinung sogenannten Geschäftswillen versteht, ist zweifelhaft, jedenfalls konnte Dirksen darunter solche Erklärungen, welche in der Außenwelt auf dem Wege zu ihrem Adressaten verändert worden sind, — wie es in einem bekannten Rechtsfalle durch Entstellung eines Telegrammes geschehen ist, — nicht miteinbegreifen, da bei diesen etwas anderes erklärt wird, als „exhibirt" worden ist.

[3]) So vor Allen Brinz' Pandekten, 1. Aufl. S. 1391, 1400, 1401, 1402, 1403, 1413, am Klarsten 1574 §. 359:

„Bei dem Vertrage muß der mehrseitige Wille:

1) innerlich übereinstimmen (consentire).

2) äußerlich zusammentreffen (convenire)."

Hiernach wird also trotz der l. 1. §. 3. dig. de pactis 2, 14 die Identität der Begriffe consensus und conventio bestritten; vgl. hiergegen Cujacius

entschiedensten Gegner der herrschenden Meinung diese Fundamentalgrundlage unangetastet lassen.[1])

Dabei muß der Verfasser von vorn herein, um nicht gegen Windmühlen zu kämpfen, hervorheben, daß es nicht das Wort „Willensübereinstimmung" oder „Uebereinstimmung" ist, gegen welches er streitet,[2]) sondern nur die von Neueren damit ver-

---

ad titulum de sponsalibus op. Neap. 1758. t. IX. p. 430 A. „Et breviter idem est consensus et conventio .... conventio est genus. ergo et consensus est genus et species duae: pactum et contractus." Ebenso t. IX. pag. 73 ad. tit. III. lib. 2. Cod. de pactis „consensus autem nihil aliud est, quam conventio." Auch Forcellini (totius Latinitatis lexicon) meint, daß consentire der Regel nach (universim) so viel wie convenire sei. — Für Brinz spricht nun allenfalls die l. 3 §. 1. dig. de pollicit. 50, 12. pactum est duorum consensus atque conventio, von welcher noch die Rede sein wird. — Im Sinne der herrschenden Meinung äußert sich auch Bruns in den nachgelassenen Pandektenfragmenten. Kleinere Schriften, Bd. II. Weimar 1882. S. 453, 473, trotz der Bemerkung (S. 458), daß der Vertrag eine beiderseitige Erklärung enthalte. — Aehnlich auch Hesse in den dogmatischen Jahrbüchern. Bd. 15. S. 74.

[1]) So namentlich Schloßmann, Vertrag, S. 336. Eben deshalb gelangte er in Folge der Unmöglichkeit, damit ein zugleich vernünftiges und quellenmäßiges Resultat zu gewinnen, zu dem verzweifelten Entschlusse, den Quellen den Gehorsam aufzukündigen.

[2]) Namentlich das letztere Wort bezeichnet vielfach auch eine äußere Uebereinstimmung mehrerer Personen in ihren Erklärungen, ein Uebereinkommen (vgl. Georges, lexicon s. v. consensus: Uebereinstimmung, Einstimmigkeit, Theilnahme. Merguet, Lexikon zu den Reden des Cicero. Jena 1874 zu consensus: Uebereinstimmung, Einmüthigkeit (?), Einverständniß, Verabredung).

Das Wort „stimmen" hat nun einmal sowohl eine aktive als auch eine passive Bedeutung, es bedeutet bald „seine Stimme abgeben" (so namentlich als „Zustimmung"), bald eine Beschaffenheit eines Gegenstandes, vermöge dessen er mit einem andern gleichartig ist oder doch in einem harmonischen Verhältnisse steht (so namentlich als „Uebereinstimmen"). Diese

bundene Vorstellung einer inneren Harmonie psychologischer Thatsachen (Willen in einem andern Sinne).

Diejenigen, welche sich den alten Sprachgebrauch des Brissonius, welchen nach der Meinung des Verfassers noch Savigny ausübt und welcher, wie nachgewiesen werden soll, direct aus den Pandekten herstammt, bewahrt haben, verstehen unter dem beiderseitig übereinstimmenden Willen eben die beiden Erklärungen, oder richtiger die aus ihnen ersichtlichen Gedanken. Wenn sie consensus mit Willensübereinstimmung übersetzen, so ist dies nach der Meinung des Verfassers in ihrem Sinne nicht falsch, sondern vielmehr gerade der Ausdruck derjenigen Ansicht, für deren Wiederherstellung der Verfasser eintritt. Auch wird man ihnen wohl den altehrwürdigen Sprachgebrauch nicht verwehren dürfen noch können. Wenn der Verfasser ihn vermeidet, so geschieht es nur, weil die Erfahrung gelehrt hat, daß er zu Mißverständnissen hinführt.

Daß die „Willensübereinstimmung" im Sinne der jetzt herrschenden Meinung dagegen unter „Willen" nicht den aus der Erklärung ersichtlichen Gedanken, sondern innere Seelenvorgänge versteht, darüber lassen die angezogenen Bemerkungen von Windscheid, Bruns, Brinz, Zitelmann keinen Zweifel übrig. Letzterer bezeichnet den Willen, um dessen Uebereinstimmung es sich bei dem Consense handeln soll, geradezu als „Absicht", Dernburg[1]) als „Vorsatz".

Doppeldeutigkeit mag nicht wenig dazu beigetragen haben, die beiderseitige Zustimmung (consensus) mit einer beiderseitigen inneren Uebereinstimmung zu verwechseln, zumal auch im Lateinischen das Wort consensus, jedoch nur bei Unpersönlichem und in übertragener Bedeutung eine Harmonie bezeichnet (vgl. Forcellini, lexicon, dessen Citate übrigens nicht zuverlässig sind, bei consensus sub translate).

[1]) Lehrbuch des preuß. Privatrechts. §. 94.

Allerdings ist auch eine andere Uebersetzung des Wortes consensus weitverbreitet, welche mit der herrschenden Meinung in schroffem Widerspruche steht, nämlich die Bezeichnung des consensus als einer „Willenseinigung".[1])

Einigung und Uebereinstimmung sind aber zweierlei, die erstere bezeichnet die Thatsache eines vorübergehenden Ereignisses, die letztere einen bleibenden Zustand; geeinigt werden können zwei verschiedene und übereinstimmen zwei getrennte Dinge, nicht aber umgekehrt. Trotzdem legen die genannten Schriftsteller, welche in solcher Weise von der üblichen Uebersetzung des Wortes consensus abweichen, selbst hierauf keinerlei Gewicht, so daß es beinahe scheint, als ob sie den Unterschied zwischen Willenseinigung und Willensübereinstimmung nicht für irgendwie wesentlich halten. Daraus folgt, daß mit einer bloßen Vertauschung der üblichen Terminologie wenig gethan ist; wichtiger ist eine sachliche Berichtigung der ihr vielfach zu Grunde gelegten Vorstellungen.

Daß eine solche nöthig ist, folgt aber zunächst schon darum aus den Quellen, weil sich ohne eine solche ein Theil der das Wort consensus oder consentire enthaltenden Stellen gar nicht übersetzen läßt.

Hierbei steht in erster Linie die lex 7 §. 19 dig. de pactis 2, 14. (Ulpianus):

> Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi

---

[1]) So Kühn in den dogmat. Jahrb. Bd. 16 S. 40 Anm. 1: „Willenseinigung", nicht „Willensübereinstimmung" S. 44, ferner heißt es dort, der consensus sei eine „zwei gleichen Willen entsprechende Aeußerung"; vgl. ferner Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. II. S. 403. Nr. IV.: „Der Vertrag entsteht aus der Einigung des rechtsgeschäftlichen Willens beider Parteien (consensus)."

consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint.

Die Gläubiger ſollen hier erklären, was ſie wollen, und zwar durch einen consensus. Es heißt nicht consensum declaraverint, ſondern consensu declaraverint.[1])

Consensus bedeutet alſo unzweifelhaft hier ein Erklärungsmittel, es bedeutet nicht dasjenige, was die Gläubiger wollen (sc. quota parte debiti contenti sint), ſondern dasjenige, wodurch ſie an den Tag legen, daß ſie es wollen, alſo nicht Gedanken oder Abſichten, ſondern Worte oder concludente Handlungen. Durch eine innere Willensübereinſtimmung kann man nicht erklären, ſondern man kann höchſtens ſeine innere Willensübereinſtimmung durch etwas Anderes erklären.[2])

Consensus heißt hier alſo auf alle Fälle nur „eine Erklärung der Uebereinſtimmung".

Schon dieſe einzige Stelle würde für ſich allein die Anſicht des Verfaſſers dahin erweiſen, daß wir berechtigt ſind, überall da, wo aus einer Quellenſtelle nicht mit Beſtimmtheit hervorgeht, in welchem Sinne das Wort consensus gebraucht iſt und nur ſeine Ueberſetzung durch „Willenserklärung" ein befriedigendes Ergebniß zur Folge hat, dieſe letztere Interpretation anzuwenden.

---

[1]) Vgl. auch die Redewendung consensu terminata in der cst. 13 pr. Cod. de transact. 2, 4.

[2]) Zitelmann behauptet (dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 425), daß in der l. 7 §. 19 cit. consensus und Erklärung als getrennte Momente neben einander geſtellt ſind. Allerdings; aber auf die Art der Nebeneinanderſtellung kommt es an. Daß hier consensus nachher mit voluntas vertauſcht wird (praetor decreto suo sequetur majoris partis voluntatem), verſchlägt nichts, da voluntas in dieſer Stelle ſchlechterdings nur den erkennbaren Willen bedeuten kann; das Gegentheil würde das widerſinnige Reſultat ergeben, daß der Wille der Gläubiger nicht erklärt zu werden brauchte.

Es finden ſich jedoch auch noch mehrere Stellen, welche das gewonnene Reſultat durchaus unterſtützen.

Vergleichen wir zunächſt l. 26 §. 1. dig. de pignoribus 20, 1. (Modestinus):

> Pater Sejo emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae: quaerebatur, an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se heredidate abstinuerit, nec metuiri (Mommsen: metuere?) ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, cum neque consensum suum accomodaverat patri aut signo suo aut alia scriptura.

Hier wird alſo ausdrücklich eine fehlende Erklärung durch Unterſiegelung oder Unterſchrift als mangelnder consensus bezeichnet. Nicht ein Einverſtändniß wird vermißt, ſondern eine Erklärung des Einverſtändniſſes,[1]) nur eine ſolche konnte er scriptura accommodare, nicht aber einen inneren Seelenvorgang.

Noch entſcheidender iſt das Folgende in der angegebenen Stelle:

> Modestinus respondit: cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat; consensum ei obligationi dedisse manifestum est.

---

[1]) Wahrſcheinlich war ſogar der Sohn, der im Namen ſeines Vaters die Schuldurkunde ſchrieb, mit der darin enthaltenen Verpfändung einverſtanden. Trotzdem aber band ihn dies nicht, da er ſein Einverſtändniß nicht erklärte.

Von einem dare irgend eines Gegenſtandes kann doch vernünftigerweiſe nur die Rede ſein, wenn derſelbe etwas in der Außenwelt Wahrnehmbares, eine Zuſtimmung, und nicht blos ein innerer Seelenzuſtand, eine Uebereinſtimmung, iſt.[1]) Auch im Deutſchen kann man niemals von dem Abgeben eines innern Willens, einer Uebereinſtimmung, ſondern nur von demjenigen einer Erklärung, einer Zuſtimmung, reden. So ſprechen wir denn auch von Conſensertheilungen, z. B. dem Geben eines Conſenſes zur Ehe oder des Agnatenconſenſes zur Belaſtung des Lehens, ja ſogar von ſchriftlichen Conſenſen! Einen inneren Seelenvorgang können wir damit ſchlechterdings nicht meinen.

Doch wir wollen uns nicht in den modernen Sprachgebrauch verirren, ſondern bei den Quellen bleiben. Dort finden wir ferner: lex 25. §. 17. dig. fam. ercisc. 10, 2. (Paulus):

> Si incerto homine legato et postea defuncto legatario aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum, is qui impedit hoc judicio ceteris quanti intersit eorum damnabitur.

Nicht durch ein inneres Meinen und Denken, ſondern durch ſein äußeres Verhalten macht hier der Erbe des Legatars Schwierigkeiten, d. h. non consentiendo.

Wenn wir bisher Redewendungen vorfanden, welche gar keinen Sinn ergeben, ſobald ſie nach der herrſchenden Meinung überſetzt werden, ſo kommen wir jetzt zu einer Reihe von Quellenſtellen, welche im Gegentheile nach der angefochtenen Anſicht einen gar nicht mißzuverſtehenden Sinn ergeben, nur freilich einen ſolchen, welcher ebenſo offenbar falſch iſt, wie er ſich durch Klarheit auszeichnet.

---

[1]) Die Redewendung consensum dedisse wiederholt ſich in der l. 9 pr. dig. quibus modis pignus 20, 6. (Modestinus).

Der Verfaſſer meint alle diejenigen Stellen, welche an den consensus oder den nudus consensus Rechtsfolgen anknüpfen. Sie beweiſen einen geradezu durchſchlagenden Umſtand, der zwar bemerkt,[1]) jedoch nicht zu einer Berichtigung der üblichen Quellenexegeſe verwerthet worden iſt.

Wenn der consensus in der That die innere Harmonie zweier Abſichten wäre, ſo würden wir annehmen müſſen, daß überall da, wo der nudus consensus rechtliche Folgen haben ſoll, die Willenserklärung völlig überflüſſig iſt. Wollte man hiernach z. B. die l. 52 §. 9 dig. de obligat. et actionibus 44, 7 (Modestinus):

> Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit

und die ihr ſehr ähnliche l. 1 dig. locati conducti 19, 2:

> Locatio et conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio

beim Worte nehmen, ſo würde man zu dem zweifellos falſchen Ergebniſſe gelangen, daß ein gültiger Kauf dann vorliegt, wenn A dem B ſein Haus für tauſend Mark zu verkaufen, dieſer es für einen ſolchen Preis zu erwerben entſchloſſen iſt, beide aber ihre Abſicht ſich gegenſeitig noch gar nicht mitgetheilt haben.

Es unterliegt übrigens keinem Zweifel, daß dieſe Stellen mit dem Gegenſatze des contrahi verbis und des nudus consensus nur beſagen wollen, daß zu den Conſenſualverträgen nicht ſchlechterdings wie zur Stipulation ein in eine wörtliche Form gekleideter Conſenſus (vgl. l. 1 §. 3 dig. de pactis 2, 14 in fine (Ulpianus): nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est) nöthig ſei, ſondern auch ein formloſer

[1]) Von Schloßmann, Der Vertrag. S. 58.

Consens genüge. Offenbar kann auch hier unter dem Consens nicht die innere Willensübereinstimmung gemeint sein; denn diese genügt nicht. Daß diese Auslegung der l. 1 cit. richtig ist, wird überdies bestätigt durch l. 2 §. 1 dig. de oblig. et act. 44, 7 (Gajus):

> Ideo autem istis modis (bei den Consensualcontracten) consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Also der Gegensatz des consensus ist hier nicht die „Erklärung", sondern eine solche Erklärung, welche eigenthümlichen Erfordernissen (proprietas) unterliegt.

Endlich würde in l. 55 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7. (Javolenus):[1])

> In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest

schlechterdings das Erforderniß der Erklärung nicht haben verschwiegen werden können, wenn nicht eben consensus schon die Erklärung bedeutete; denn die Stelle will Alles aufzählen, was zu der Perfection des Vertrages gehört. Sehr charakteristisch ist hier übrigens die Entgegenstellung des inneren Vertragswillens (affectus) und der äußeren Erklärung, ersterer, der beiderseitige affectus (die herrschende Meinung würde hier

[1]) Vgl. über die unbegründete Einschränkung dieser Stelle durch die Glosse Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 534. Sehr mit Unrecht citirt Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 425 diese Stelle für seine Ansicht.

ſtatt dieſes Ausdruckes das Wort „consensus“ zu erwarten geneigt ſein) genügt nicht, er muß concurrere,[1]) d. h. beiderſeits aus dem Inneren hinauswirken und draußen ein Zuſammentreffen in einem Berührungspunkte, die beiderſeitige Unterwerfung unter dieſelbe Vertragsbeſtimmung hervorrufen. Wenn das Wort consentire, welches ſonſt immer auf die Contrahenten ſelbſt angewandt wird, hier ausnahmsweiſe von ihrem zu der Erklärung treibenden animus gebraucht iſt,[2]) ſo kann dies nur bildlich ſein, und einen Schluß auf die gewöhnliche Bedeutung des Wortes wird man daraus eben ſo wenig entnehmen dürfen, wie man etwa aus der deutſchen Redensart, daß das Herz einer Perſon für eine andere ſpreche, die Behauptung, „Sprechen“ bedeute eine Empfindung, würde herleiten können.

Daß alſo consensus nothwendiger Weiſe die Erklärungshandlungen bezeichnet, folgt aber nicht blos aus denjenigen Stellen, welche von einem nudus consensus geradezu reden, ſondern vom Standpunkte der herrſchenden Meinung müſſen wir es überhaupt als höchſt auffällig betrachten, daß in unſern Rechtsquellen bei den Conſenſualverträgen und den pacta einer Hauptvorausſetzung der Gültigkeit derſelben, der Erklärung der Willen, nirgends gedacht iſt.[3]) Ueberall muß die herrſchende Meinung dies Erforderniß in die Stellen hineininterpretiren. In welcher

---

[1]) Das currere iſt, wie das deutſche „Fließen“, ein üblicher tropiſcher Ausdruck für das Fortſchreiten einer Rede. Vgl. Horatius, sat. lib. I. 10, 9. Est brevitate opus, ut currat sententia.

[2]) Daß der beiderſeits zum Conſenſe treibende animus in ſich immer denſelben Gedanken enthalten müſſe, wie er in der beiderſeits anerkannten Erklärung ſteckt, davon ſteht in der Stelle kein Wort.

[3]) Vgl. l. 4 pr. dig. de pignor. 20, 1. l. 1 §. 2 dig. de contrah. emptione 18, 1 (welche Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 425 mit Unrecht für ſich citirt). l. 8 pr. dig. de transact. 2, 15. Gajus III. §§. 89. 119. 135. 153. 154a.

andern Lehre hätten sich wohl die klassischen Juristen so ungenau ausgedrückt, daß sie die Festsetzung eines Haupterfordernisses wichtiger rechtlicher Wirkungen der Phantasie des Lesers zur Ergänzung überlassen hätten?

So bedeutet z. B. in der lex 37. dig. pro socio 17, 2.[1]) (Pomponius):

> Plane si hi, qui sociis heredes exstiterint, animum inierint societatis in ea hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur ut in pro socio actionem deducatur

consensus sicherlich die Abrede, in welcher das animum societatis inire zu Tage tritt, nicht aber einen innern Seelenzustand; denn durch welches sonstige Wort wäre hier wohl die erforderliche Thatsache der Erklärung angedeutet?

Wenn endlich Leo in c. 10. Cod. de contrah. et committ. stipul. 8, 37 (38) bestimmt:

> „Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem,“

so kann doch das pro consensu nichts anderes bedeuten, als daß beliebige Worte zu dem Stipulationsconsense, d. i. zu den erforderlichen Stipulationserklärungen genügen.[2])

Man beachte ferner die lex 48 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7 (Paulus):

> In quibuscumque negotiis sermone opus non est sufficiente consensu, iis etiam surdus intervenire potest,

---

[1]) Vgl. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 424.

[2]) Zitelmann, S. 425, citirt auch diese Stelle für seine Ansicht, allein auch sie nur zum Theile.

quia potest intelligere et consentire, veluti in locationibus conductionibus emptionibus et ceteris.

Daß mit dem consentire die Aeußerung im Gegensatze zu dem innern Bewußtsein (intelligere) bezeichnet werden soll, erscheint um so wahrscheinlicher, als auch hier schlechterdings die Fähigkeit des surdus zu Willensäußerungen hätte hervorgehoben werden müssen, wenn nicht schon das Wort consentire auf dieselbe hindeutete, denn daß auch der surdus nicht ohne jede Willensäußerung contractlich haftbar werden kann, bedarf wohl keiner besonderen Hervorhebung.

Man wende nun nicht etwa ein, daß man sich in allen diesen Stellen zu der erforderten innern Willensübereinstimmung (angeblich consensus) die Willensäußerung als selbstverständlich hinzudenken müsse. Den Inhalt der Rechtssätze haben wir nicht durch unsere souveräne Denkthätigkeit, sondern durch Einsicht der Quellen festzustellen. Der Verfasser theilt hier ganz den vielleicht rigorosen, jedenfalls aber sachgemäßen Standpunkt Zitelmanns,[1]) welcher a. a. O. die Behauptung, daß überall, wo die Quellen vom Willen reden, die nicht erwähnte Erkennbarkeit des Willens zu subintelligiren sei, zurückweist, weil man eben in der Wissenschaft nichts subintelligiren darf. Mit derselben Entschiedenheit ist aber auch der Annahme der herrschenden Meinung, daß zu dem nach ihrer Ansicht in den Quellen als consensus bezeugten Vertragserforderniße der Willensübereinstimmung dasjenige der Erklärungen hinzuzudenken sei, entgegen zu treten. Da vielmehr zu einem gültigen Vertrage jedenfalls zwei übereinstimmende Erklärungen gehören und die Quellen nur den consensus zweier Personen als Erforderniß der sog. Consensualverträge aufführen, da aber eine bloße Willensübereinstimmung ohne Erklärung keines-

[1]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. Heft 3. S. 426.

falls zu der Erzeugung der Vertragswirkungen genügen kann, so bleibt schlechterdings nichts übrig, als in dem consensus der beiden Parteien eben die beiden Erklärungen zu sehen. Das würde freilich anders sein, wenn in der That die oben erwähnte Ansicht von Brinz,[1]) nach welcher neben dem consensus (Willensübereinstimmung) auch noch eine conventio (Erklärungsübereinstimmung) als Erforderniß eines Vertrages aufgestellt sein soll, sich halten ließe. Allein fast nirgends wird neben dem Consense noch die conventio als ein Zweites erfordert, und, wem die oben citirte Autorität des Cujacius[2]) nicht genügen sollte, um von der Identität dieser beiden Begriffe überzeugt zu sein, der wird nach den Worten der l. 1 §. 3 dig. de pactis 2, 14 (Ulpianus):

> nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt

an derselben kaum zweifeln können.

Auffallend bleibt freilich lex 3 de pollicitationibus 50, 12 (Ulpianus):

> Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.

Daß das atque hier blos zwei Synonyma verbindet, dürfte aber schon darum nicht unwahrscheinlich sein, weil die Gegenseitigkeit der Erklärungen, wie sie zu dem pactum gehört, der pollicitatio gegenüber durch zwei nach ihrer Etymologie darauf hindeutende Wörter ganz besonders scharf hervorgehoben werden mußte. Auch lassen sich für einen derartigen Gebrauch des atque Beweisstellen erbringen:

---

[1]) Pandekten S. 1574.

[2]) Vergl. auch Brissonius, de verborum significatione sub voce consensus.

Vgl. Ennius bei Gellius XIX., cap. 10. §. 12.

mentem atque animum delectat suum,

und Cicero, oratio pro Flacco init. cap. 1.

gravissimo atque acerbissimo rei publicae casu.

Schließlich dürfte dies eine Wörtchen atque schwerlich geeignet sein, gegenüber der anderweitig erwiesenen Gleichbedeutung von consensus und conventio in Betracht zu kommen[1])

Wenn es bisher hinsichtlich der aus dem consensus entsprungenen lex privata für undenkbar angesehen wurde, daß für sie das Erforderniß der Erklärung gänzlich verschwiegen sein sollte, und wir daher dasselbe in dem Worte consensus erblickten, so verhält es sich ähnlich mit der lex publica und dem auch bei ihr als Erzeugungsgrund genannten consensus.

So liegt es z. B. nahe, in der bekannten lex 32 §. 1 dig. de legibus I. 3 (Julianus):

quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur,

das suffragium, also eine offenbare Erklärung, als einen non tacitus consensus aufgefaßt zu sehen.

Einen gleichen Gegensatz bildet der consensus als die formlose Erklärung zu der schriftlichen in lex 35. dig. de legibus I. 3.

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea, quae scripta sunt, jura servantur.[2])

---

[1]) Vgl. für die Identität von conventio und consensus auch noch Cujacius; opera Neapoli 1758. t. I. p. 9. 17. c. Sic enim existimo, idem haec omnia posse, pactum, depectionem, pactionem, placitum, pactum et conventum, pactum nudum, pactum et consensum, pactum et condictum.

[2]) Auch in dem sogen. cenotaphium Pisanum (Orelli, pag. 642)

Ebenso versteht Modestinus in der lex 40 dig. de legibus I. 3:

„Ergo omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo“

anscheinend unter consensus das suffragium.[1]) Welcher Jurist würde nun wohl zu behaupten wagen, daß eine Abstimmung der römischen Volksversammlung wegen innerlicher wesentlicher Irrthümer einiger Mitstimmenden, deren Aeußerung man zu der Herstellung der erforderlichen Majorität verlangte, nichtig waren? Und doch würde die übliche Begriffsbestimmung des consensus zu einem solchen Ergebnisse mit derselben Nothwendigkeit hinführen, wie sie es bei der Behandlung irrthümlicher Vertragserklärungen nach der neuerdings herrschenden Meinung allerdings thut. Was hier von der Volksversammlung gesagt ist, das gilt in gleicher Weise von allen Personenmehrheiten, deren consensus eine recht-

---

wird hervorgehoben, daß der Kaiser seine Macht PER CONSENSUM OMNIUM erhalten habe.

[1]) Anderweitig, z. B. in Gajus, III. 82, in Huschkes jurispr. antej., 4. Aufl. S. 304, und dem übereinstimmenden princ. inst. de adquisitione per adrogationem 3, 10 heißt es: „Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII. tabularum neque praetoris edicto, sed eo jure (quod) consensu receptum est, introductae sunt“ ist offenbar das Gewohnheitsrecht gemeint. Studemund liest übrigens in dem apographum concessu (anders im Texte des Gajus in der Krüger-Studemund'schen Ausgabe. Berlin 1877). Das Wort concessus ist übrigens ein gut lateinisches, arg. Cicero pro Caelio cap. 12 §. 28. datur enim concessu omnium huic aliquis ludus aetati und Cicero epistolarum ad familiares lib. 4. nr. 6 in fine. Dieser Ausdruck paßt freilich zu dem wenig klaren Begriff der rechtsbildenden Volksüberzeugung ebensowenig wie das richtig übersetzte Wort consensus. Dies spricht allerdings nach des Verfassers Meinung nicht gegen, sondern für diese Uebersetzung. Vgl. auch: Ulp. fragm. II. 4. Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus. Mores bedeutet sicherlich hier ein äußeres Verhalten.

liche Wirkung haben soll; vgl. z. B.: l. 27 §. 3 dig. de rec. qu. arb. 4, 8 (Ulpianus):

> Si plures arbitri fuerint et diversas sententias dixerint, licebit sententia eorum non stari: sed si major pars consentiat, ea stabitur.

Wer würde wohl bei dem Irrthum eines arbiter ähnliche Anfechtungsrechte gegen den Beschluß des Schiedmännercollegiums für zulässig erachten, wie es die augenblicklich herrschende Meinung bei dem Irrthum der Parteien in Vertragsabschlüssen thut?

Der erwähnte Ausdruck tacitus consensus bedarf noch einer besondern Beleuchtung. Schon seine bloße Existenz beweist die Ansicht des Verfassers. Es folgt aus demselben, daß es zwei Arten von consensus giebt, einen ausdrücklichen und einen stillschweigenden. Bestände nun der consensus mehrerer Menschen in einem psychologischen inneren Zustande derselben, so würde der in den Quellen supponirte non tacitus consensus eine Widersinnigkeit sein, da Vorgänge des inneren Seelenlebens sich immer nur lautlos vollziehen können.

Der consensus des öffentlichen Rechtes deutet also sicherlich auf äußerlich wahrnehmbare Akte hin. Freilich sagt die bekannte lex 1 §. 22 dig. de adquirenda vel amittenda possessione 41, 2. (Paulus):

> Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt,[1])

eine Stelle, welche gleich große Schwierigkeiten ergiebt, wenn

[1]) Die Stelle erklärt sich als eine juristische Erörterung, welche lediglich aus der Gleichnamigkeit der juristischen Person und ihrer Mitglieder herrührt und aus welcher praktische Consequenzen nicht hergeleitet sind (arg. l. 2 eodem). Sie enthält nur insofern einen richtigen Gedanken in sich, als sie hervorhebt, daß juristische Personen nur durch Stellvertreter besitzen können, die einzelnen municipes aber als solche Stellvertreter der Gemeinde nicht sind.

man consentire mit „innerlich übereinſtimmen", wie wenn man es mit „ſich einigen" überſetzt. Für die letztere Ueberſetzung ſpricht überdies der Umſtand, daß die Stelle, wie aus der zweiten Hälfte derſelben hervorgeht, gerade von dem Erwerbe des Beſitzes durch Tradition redet und aus deſſen Undenkbarkeit die Beſitzunmöglichkeit durch alle einzelnen Gemeindemitglieder als ſolche folgert. Daß die Gemeindeglieder Beſchlüſſe faſſen können, und daß auch dieſe consensus heißen, geht aus den oben angezogenen Stellen indirekt, aber auch aus einigen Zeugniſſen direkt hervor. So haben nach dem zweiten der ſogenannten cenotaphia Pisana [1]) Decurionen und Coloni in Abweſenheit höherer Beamter die Trauer für den Kaiſer beſchloſſen (inter sese consenserunt). Auf Münzen und auf Steinen findet ſich die Inſchrift consensu senatus, dec. dec. (anſcheinend decisione decurionum) et consensu plebis, auch consensu ordinis.[2])

Nach den angegebenen Beweiſen müſſen nun allerdings auch nach dem Grundſatze: audiatur et altera pars diejenigen Stellen zur Geltung kommen, welche für die herrſchende Meinung zu ſprechen ſcheinen, freilich, wie gleich bemerkt werden mag, nur bei oberflächlicher Betrachtung. Wir können ſchon hier, obwohl zunächſt mit der allgemeinen Vertragslehre beſchäftigt, einige Hauptſtützen der herrſchenden Irrthumslehre nicht übergehen: l. 1 dig. de judiciis V, 1. (Ulpianus):

> Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. lex 2 pr. eodem. Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum con-

---

[1]) Orelli pag. 642.

[2]) Wie Forcellini sub voce consensus mittheilt.

sentiant. ceterum si putent ejus jurisdictionem ess non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum. aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio aeque error non dedit jurisdictionem.[1])

Die ſtillſchweigende Unterwerfung unter die Competenz eines Prätors durch Einlaſſung vor demſelben ſoll wegen mangelnden Conſenſes nichtig ſein, wenn die Parteien nicht wußten, daß ſie vor einem incompetenten Richter ſtehen, oder wenn ſie den Richter, vor dem ſie verhandeln, für eine andere Perſon halten, als er wirklich iſt.

Einen ganz ähnlichen Fall behandelt die lex 15 dig. de jurisdict. 2, 1. (Ulpianus):

Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus,[2]) nihil valebit, quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem,[3]) cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent: quid enim

---

[1]) Vgl. über dieſe Stellen Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 556. — Thomſen, Die rechtliche Willensbeſtimmung. Kiel 1882. S. 44 ff.

[2]) Dies bedeutet, daß die Parteien ſich an einen andern Prätor wenden, als derjenige, welchen ſie während des Proceſſes vor ſich zu ſehen glauben, mögen ſie nun eine Verhandlung vor dem Letzteren vorher verabredet haben oder nicht. Die Polemik Thomſen's a. a. O., S. 45, gegen Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeſchäft), S. 550, hält der Verfaſſer, ſoweit ſie die Conſtruction des vorliegenden Falles betrifft, nicht für gegründet.

[3]) Vgl. über das Unpaſſende dieſes Wortes Cujacius, observ. lib. I. c. 32. p. 19 opera Neapoli 1758. Da übrigens nach der lex 23. pr. dig. de appellat. 49, 1. (Ex consensu litigantium citra compromissum a praeside provinciae judice dato victus potest provocare) die Parteien bisweilen ſo compromittirten, daß ſie ſich vom Präſes einen judex erbaten, ſo iſt es möglich, daß auch in der l. 15 cit. zunächſt ein Irrthum über die Perſon des praeses und dadurch mittelbar über diejenige des judex vorlag.

tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit?[1])

Der Schwerpunkt der Auslegung dieser Stellen liegt hier in dem Umstande, daß beide Contrahenten irren, arg. die Plurale sciant, consentiant, putent, error litigatorum,[2]) putaverunt, consentiant, errent. Irren zwei Personen, welche sich dahin geeinigt haben, den praetor Gajus anzugehen oder welche auch ohnedies ihn vor sich zu sehen glauben, indem sie den praetor Maevius für den Gajus halten und vor Maevius verhandeln, so muß jeder dem Verhalten des Gegners den Sinn beilegen: „Ich will vor Gajus (d. i. dem Abwesenden) verhandeln", nicht aber: „Ich wünsche die Competenz des Maevius (d. i. des Gegenwärtigen)"; eine Uebereinstimmung der Erklärungen in dem letzteren Sinne, d. i. ein Consens auf den gegenwärtigen Maevius, liegt also wegen des Irrthums nicht vor.

Ebenso verhält es sich in dem erstenerwähnten Falle, in welchem zwei Parteien vor einem unzuständigen Prätor verhandeln und meinen, er sei ihr competenter Richter. Da hier ein jeder glaubte, er stehe vor dem zuständigen Richter, so konnte er der Handlung des andern den Sinn eines Dispositivaktes, der Erklärung, sich dem verhandelnden Richter durch eigene Bestimmung zu unterwerfen, nicht entnehmen, das Verhalten einer jeden der beiden Parteien hatte also für die andere nicht einen solchen Sinn, daß man von zwei nach ihrer Bedeutung sich deckenden Erklärungen,

---

[1]) Unbefriedigend ist die Auslegung des Fragmentes bei Röver a. a. O., S. 38, 39.

[2]) Vgl. auch das ambo errarent in l. 14. dig. de contrah. emtione 18, 1. Neuere Exegeten haben dies vielfach übersehen, während z. B. Cujacius observ. lib. I. c. 32. p. 19. und l. VII. p. 70 opera Neapoli 1758 bei der Erklärung der lex si per errorem und der lex consensisse durchaus daran festhält, daß dort ein Doppelirrthum vorliegt.

von einer gemeinsamen Abrede, daß der verhandelnde Richter competent sein sollte, zu reden berechtigt war.

Vorher fehlte es an einem Consens darüber, daß gerade der gegenwärtige Prätor competent sei, hier darüber, daß überhaupt eine Competenzbegründung Platz greifen sollte.

Der anscheinende Gegenbeweis, welcher aus den genannten Stellen gegen des Verfassers Meinung entnommen werden könnte, verwandelt sich also bei genauerer Betrachtung in das gerade Gegentheil.

Noch weit mehr gilt dies von der lex 57 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7. (Pomponius):

> In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit, et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

Diese Stelle hat vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus die unangenehme Eigenschaft, zu viel zu beweisen. Im üblichen Sinne übersetzt sagt sie, daß jeder Irrthum, sei er wesentlich oder unwesentlich, den Begriff des Vertrages ausschließe. Daß dies falsch ist, bedarf keines Beweises. Im Sinne des Verfassers übersetzt besagt sie, daß jeder Irrthum den Consens dann ausschließt, wenn er eine Differenz des Sinnes der beiden abgegebenen Erklärungen zur Folge hat, was ganz sicherlich richtig ist.[1]) Freilich muß man sentire hier als „meinen“ nicht im psychologischen Sinne, sondern in dem Sinne von „eine Meinung äußern“, „einem

[1]) si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat. u. s. w. heißt also: „wenn ein Irrthum mit der Wirkung vorfällt, daß eine Nichtübereinstimmung der Erklärungen entsteht, so u. s. w.“

Gedanken Ausdruck geben" überſetzen. Dagegen iſt lebhafter Widerſpruch zu erwarten. Man hat es nämlich ſeltſam gefunden,[1]) daß die römiſchen Juriſten zur Bezeichnung äußerlicher Thatſachen innere Umſtände (richtiger deren Namen) angeführt haben ſollten. Allein dieſe Juriſten wendeten eben nur ihre Mutterſprache an und dieſe wimmelt von Homonymen.[2]) Namentlich werden Dinge, welche in ihrer äußern Erſcheinung nahe bei einander liegen, oft mit dem gleichen Namen bezeichnet; jus bedeutet die Gerichtsſtätte, das Recht, welches dort angewandt und das ſubjective Recht, welches dort geltend gemacht wird.[3]) Nun liegt nichts ſo nahe bei einander, als das innere Meinen und ein demſelben entſprechender äußerer Ausdruck. Daß nun in einem Falle, in welchem die eine Bedeutung des Wortes sentire ein richtiges, die andere aber ein falſches Ergebniß herſtellt, wie es in der lex 57 dig. de obl. et act. 44, 7 der Fall iſt, Pomponius vorſichtiger Weiſe vor der letzteren hätte ausdrücklich warnen ſollen, dies hieße doch von ſeiner Vorſicht Unbilliges verlangen. Man wird vielleicht einwenden, daß sentire niemals „Erklären" bedeute. Man vergleiche aber z. B. l. 32 §. 14 dig. de donat. inter virum et uxorem 24, 1 (Ulpianus): verbis:

---

[1]) Vgl. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 426.

[2]) Vgl. Bekker, das Recht des Beſitzes bei den Römern. Leipzig 1880. S. 151, welcher bei einer andern Gelegenheit bemerkt: „Hier und bei unzähligen Streitigkeiten gleicher Art geht noch jetzt die Mehrzahl der Gelehrten von der an ſich unwahrſcheinlichen, meiſt direct widerlegbaren Präſumption aus, daß demſelben Ausdruck im Corpus Juris überall auch derſelbe Begriff entſprechen müſſe."

[3]) Aehnlich im Griechiſchen (δίκη) und im Deutſchen. Auch familia heißt urſprünglich das Haus (Ihering, Geiſt des römiſchen Rechts, §. 32. 3. Aufl. II. S. 161. Anm. 214) und zugleich dasjenige, was darin iſt und diejenigen, welche darin wohnen u. ſ. w.

proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit.

Sentire kann hier nur auf den Ausdruck eines Gedankens, nicht auf eine geistige Vorstellung bezogen werden.[1]) Daß das Wort sententia nicht blos einen in dem Geiste eines Menschen befindlichen, sondern einen innerhalb der Außenwelt in Worte eingeschlossenen Gedanken bezeichnet, ergiebt sich auch aus dem üblichen Ausdrucke sententia legis; vgl. l. 6. §. 1. dig. de verborum significatione 50, 16. (Ulpianus):

Verbum „ex legibus“ sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis.

l. 67. dig. de reg. juris 50, 17. (Julianus):

Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

In einem gleichen Sinne spricht Celsus auch von einer voluntas legis: l. 19. dig. de legibus senatusque consultis I, 3:

---

[1]) Freilich spricht die Stelle bildlich und beweist nicht viel, da genau genommen ein Gesetz eben so wenig reden, wie denken kann, wohl aber kann es so beschaffen sein, daß es die Vorstellung einer in ihm enthaltenen Bestimmung erweckt, und dies heißt hier sentire (einer Meinung Ausdruck geben). — Man bedenke ferner, daß das Wort sentire in Verbindung mit ad (assentiri und adsensus) zweifellos Aeußerungen bezeichnet; vgl. z. B. Livius, lib. 8. cap. 6. §. 7. adsensu populi excepta vox consulis. — Vielleicht hängt — worüber sich jedoch der Verfasser ein sicheres Urtheil nicht anmaßt — die Verwendung dieses selben Sprachstammes zur Bezeichnung von Aeußerungen und innern Zuständen damit zusammen, daß, wie Alois Vaniček in dem Etymologischen Wörterbuche der lateinischen Sprache (Leipzig 1874, S. 174) mittheilt, der Sanskrit-Stamm sant ursprünglich nicht „empfinden“, sondern „eine Richtung nehmen“ bezeichnete. Vgl. ebenda die Uebersetzung von sententia: Sinn, Gesinnung, Gedanke, Denkspruch.

> In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.

Dieſer Sprachgebrauch, welcher neben der voluntas legislatoris auch eine voluntas legis kennt, verdient ganz beſondere Beachtung.

Auf eine Aeußerung bezieht ſich ferner das Wort sentire zweifellos bei Gellius, noctes atticae lib. V. cap. 10. ad finem in der Schilderung eines ſehr bekannten Proceſſes:

> Si judices pro mea causa senserint, nihil tibi ex sententia debebitur.[1])

Dieſe Stelle macht darauf aufmerkſam, daß man auf die Bedeutung eines Zeitwortes aus deſſen substantivum verbale ſchließen kann. Welches das Ergebniß eines ſolchen Schluſſes aus dem Worte sententia iſt, liegt auf der Hand. Daß auch dieſes Wort urſprünglich und im klaſſiſchen Latein vorwiegend von innern Seelenzuſtänden gebraucht wurde, iſt bekannt. Daß es daneben aber auch Aeußerungen, z. B. den grammatikaliſchen Satz techniſch bezeichnete, iſt eben ſo gewiß. Wir beſitzen hierüber das Zeugniß eines Gewährsmannes, der dem Latein der Pandekten näher ſteht, als Cicero. Quintilian ſagt in ſeinen institutiones oratoriae liber VIII. cap. 5. §. 1.:

> Sententiam veteres, quod animo sensissent, vocaverunt .... §. 2. Sed consuetudo jam tenuit, ut mente concepta (die innern Gedanken) sensus vocaremus, lumina autem praecipueque in clausulis posita (den in der äußeren Rede ſteckenden Sinn) sententias.

---

[1]) Vgl. auch Gajus I. §. 7. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet.

Da sensus und sententia beides substantiva verbalia von sentire sind, so bedeutet letzteres ebensowohl „denken", wie eine Aeußerung, welche einen Gedanken in sich enthält, „thun".

In diesem letzten Sinne handelt das ganze citirte Capitel Quintilian's de sententiis. Ebenso Cicero, wenn er (orator cap. 39. §. 36) von den sententiarum ornamenta spricht. Daher gebrauchen auch die Quellen sententia als den technischen Ausdruck für den Richterspruch; dieser wird recitirt und publicirt, liegt also zweifellos in der Außenwelt.

So will z. B. Gajus dem Gedanken Ausdruck geben, daß der Richterspruch des Centumviralgerichtes über die Giltigkeit eines Testamentes liebloſe letztwillige Verfügungen nicht anerkennen dürfe, und drückt dies folgendermaßen aus: l. 4. dig. de querela inofficiosi 5, 2:

> „Non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt."

Freilich heißt nicht ein jedes Reden sentire, sondern nur die einen Gedanken enthaltende vernünftige Aeußerung.[1]) So erklärt sich ein Fragment, welches man bei einer oberflächlichen Betrachtung vielleicht würde gegen den Verfaſſer verwenden wollen: l. 8 §. 2. dig. de optione legata 33, 5. (Pomponius):

> Unius hominis mihi et tibi optio data est, cum ego optassem, si non mutassem voluntatem deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum, quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim.

---

[1]) Daher der Gegenſatz von verba und sententia in der l. 6. §. 1. dig. citata de verb. significatione 50, 16, von vox und mens in der l. 7. §. 2. dig. de sup. leg. 33, 10. Man vergleiche auch l. 41 pr. dig. de verb.

Der Vernunftlose kann sich nicht mit Vernunft äußern, also auch nicht consentire, der Verstandeslose sich nicht einverstanden erklären. Sobald also jemand in dem Augenblicke eines Geschäftsabschlusses geisteskrank ist, so kann in seinem Verhalten selbst dann eine Zustimmung nicht gesehen werden, wenn er zur Zeit seiner geistigen Gesundheit eine zustimmende Erklärung im voraus abgegeben hatte.[1])

Die Stelle enthält das Wort voluntas und behauptet, daß die successive Ausübung eines gemeinsamen Wahlrechtes dann wirkungslos sei, wenn der zuerst Wählende vor der Wahl des andern voluntatem mutaverit.

Man könnte diese mutatio voluntatis als eine einfache Willensänderung übersetzen, da, wie schon oben gegen Brissonius[2]) hervorgehoben wurde, voluntas der Regel nach den innern Willen bedeutet. Hiernach würde es möglich sein, daß einer der Wahlberechtigten zunächst sein Wahlrecht ausübt, dann vor Zeugen in einer den Interessenten nicht erkennbaren Weise seinen Willen ändert und endlich, nachdem sein Rechtsgenosse gewählt hat, und dieser, sowie der Verpflichtete, sich auf die Gültigkeit der Wahl verlassen haben, die letztere anficht. Das unbefriedigende Resultat dieser Entscheidung, bei welcher eine offenbare Treulosigkeit sanctionirt wird, führt uns zu der Frage, ob nicht vielleicht auch voluntas ebenso wie sententia bisweilen „Willenserklärung", also das mutare voluntatem einen Widerruf

---

obligat. 45, 1. verbis: quid forte senserit, hoc est quid inter eos (d. h. also in der Außenwelt) acti sit.

[1]) Vgl. auch l. 18. dig. communia praediorum 8, 4. Das Nähere gehört zu der Lehre von der stillschweigenden Erklärung.

[2]) de verb. sign. sub voce velle, dagegen z. B. l. 3. dig. de rebus dubiis 34, 5. Auch l. 7 §. 9. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. und l. 5. pr. dig. de rei. vindic. 6, 1. dürften auf den inneren Willen zu beziehen sein.

bedeute. Die Antwort auf diese Frage ist um so nothwendiger, als man vielleicht aus der bisweilen vorhandenen Synonymität von consensus und voluntas — man denke nur an die cst. 6. Cod. pro socio 4, 37 in fine: Voluntates legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt — gegen des Verfassers Meinung argumentiren könnte.

Wir sahen schon oben, daß die Quellen unter voluntas legis etwas lediglich in der Außenwelt Erkennbares bezeichneten und dies somit von der innern voluntas legislatoris unterschieden. Besteht nun auf dem Gebiete der Privatautonomie ein gleicher Sprachgebrauch?

Betrachten wir zunächst §. 4. inst. quibus modis 3, 29:

> Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur

und die ihr gewissermaßen correspondirende l. 1. §. 2. dig. de rerum permutatione 19, 4 (Paulus):

> Item emptio et venditio nuda consentientium consententium voluntate contrahitur ..... nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent.

Hier zwingen uns dieselben Erwägungen, welche uns nöthigten, in dem nudus consensus als Verpflichtungsgrund Erklärungsthatsachen zu sehen, auch die contraria voluntas für eine Uebereinstimmung von Widerrufserklärungen[1]) und die nuda consentientium voluntas für Vertragserklärungen zu halten, sonst würden wir zu dem ungereimten Ergebnisse, daß zweiseitige Verträge durch eine nicht erklärte Uebereinstimmung aufhebbar waren und begründet werden konnten, hingelangen.

Noch weniger Bedenken erweckt die Zusammenstellung von

[1]) Das Gegentheil nimmt Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 425 an.

voluntas und consensus in l. 2. §. 2. dig. quibus modis usus fructus vel usus amittitur 7, 4. (Papinianus):

> Cum singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impendiuntur, quod non id actum videtur, ut concurrerent .... nam si concurrere volent, aut impedient invicem, propter voluntatem, aut, si ea non refragabitur, singulorum annorum fructus vacabit.

Hier ist es nicht zweifellos, worauf voluntas hindeutet; bei genauerer Erwägung kann man es freilich nur auf die geschehene Abrede beziehen.[1]) Der Jurist meint, daß der Ausfall des Usufrukts ein Jahr um das andere wohl schwerlich verabredet sein könne. Hier deutet voluntas auf den consensus hin, aber offenbar auf einen ausgesprochenen, nicht auf einen im Innern zurückbehaltenen Willen.

Als Willenserklärung erscheint ferner die nuda voluntas in der l. 4. §. 1. dig. de peculio 15, 1. (Pomponius):

> Sed hoc ita verum puto, si debito servum liberare voluit dominus, ut, etiamsi nuda voluntate remiserit dominus, quod debuerit, desinat servus debitor esse.

Wenn der Schulderlaß durch den Herren gegenüber seinem Knechte — ein Rechtsgeschäft, welches uns an das Evangelium Matthäi Cap. 18. V. 27 erinnert — nuda voluntate geschah, so heißt dies offenbar nur, daß der Sklave nicht, wie ein freier Schuldner in gleichem Falle, eine Zustimmungserklärung abzugeben brauchte, sondern daß die einseitige Erklärung des Herrn genügte. Die Annahme, daß der Herr durch eine bloße, vielleicht

---

[1]) Man könnte auch an den Willen des Testators denken; doch dieser Letztere kann schwerlich ein Interesse daran haben, daß nicht der Legatar sein Vermächtniß mit einem andern theilt. Man könnte freilich auch an das concurrere velle denken.

Dritten erkennbar gewordene Willensregung den Schuldner befreien konnte, mußte einem Pomponius so unjuristisch vorkommen, daß er hier ohne die Befürchtung von Mißverständnissen voluntas als Bezeichnung für den erklärten Willen anwenden konnte.[1])

Mehr Bedenken könnte die Gegenüberstellung von zwei wichtigen Stellen erwecken, nämlich der Worte Papinians in der l. 101. pr. dig. de conditionibus et demonstrationibus 35, 1:

> . . . cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.

mit l. 219 dig. de verborum significatione 50, 16, welche letztere Stelle lautet (Papinianus):

> In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus, qui suscepit, pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit.

Bedeutete der Anfang der Stelle, daß bei Verträgen auf den inneren Willen eines jeden der Contrahenten in demselben Umfange gesehen werde, wie bei Testamenten auf denjenigen des Testators, so würde allerdings wenn auch nicht zum Begriffe, so doch aber jedenfalls zur Wirksamkeit eines obligatorischen consensus eine unbedingte innere Uebereinstimmung der Contrahenten gehören. Nun heißt es aber nicht utriusque contrahentis voluntatem, sondern contrahentium voluntatem, d. h. es wird nicht auf den Sinn einer jeden einzelnen Erklärung für sich,

---

[1]) Vgl. auch l. 8 (9) dig. de negotiis gestis 3, 5 (Scaevola): Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur?

sondern auf die Bedeutung desjenigen Willens, der zu einem gemeinsamen Willen beider Contrahenten (contrahentium) geworden ist, gesehen und von diesem bestimmt, daß es auf den Sinn, nicht auf den Wortlaut seiner Feststellung ankommen soll. Von dem Falle aber, in welchem einer von den beiden einen nicht erkennbaren Willen für sich hatte, wird hier überhaupt nicht gesprochen.

Wir Neueren mögen ja vielleicht, wenn wir von dem Willen der Contrahenten reden, darunter auch den Fall zweier verschiedenen Absichten miteinbegreifen; die lateinische Sprache gestattet dies nach der Meinung des Verfassers nicht. Von ihrem Standpunkte aus ist es ein Fehler, wenn man die verschiedenen Willen der Contrahenten mit voluntas contrahentium bezeichnet,[1]) und also auch ein solcher, wenn man den letzteren Ausdruck in dem angebenen Sinne übersetzt.

Der Erörterung bedarf auch noch die lex 5 dig. de adoption. I, 7, welche ebenfalls von Dirksen a. a. O. sub voce consensus angeführt wird, um die Synonymität von consensus einer- und arbitrium andrerseits zu beweisen. Celsus sagt daselbst:

> In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur. Sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.[2])

---

[1]) Dies mag zugleich die Frage anregen, ob nicht die gänzliche Beseitigung der lateinischen Sprache aus unsern akademischen Prüfungen eine zweischneidige Maßregel war. Dem Uebelstande des schlechten Lateins in den juristischen Schriften hätte man dadurch am besten vorbeugen können, daß man ein besseres verlangte. Die Schwierigkeiten, welche der Jurisprudenz durch die neue Ordnung der Dinge erspart sind, werden reichlich aufgewogen durch diejenigen, welche aus Mißverständnissen der Quellen und Vernachlässigung der Auslegungskunst erwachsen.

[2]) Vgl. über diese Stelle Bruns, Kleine Schriften, Weimar 1882.

Es geht hieraus durchaus nicht hervor, daß der consensus identisch mit arbitrium sei, sondern der consensus wird hier nur als das Mittel bezeichnet, durch welches sich das arbitrium der Parteien Anerkennung verschafft, also auch als Erklärung aufgefaßt. Daß bei dem Adoptionsakte ebenso wenig wie sonst dem Kinde direct in das Herz gesehen werden kann, liegt auf der Hand. Das consentire und das non contradicere werden hier als conträre Gegensätze behandelt. Versteht man unter consentire eine innerliche Willensharmonie, so würde dies nicht correct sein, da das non contradicere der Regel nach mit dem inneren Einverständnisse zusammentrifft; während, wenn man consentire auch hier mit „zustimmen" übersetzt, die Stelle einen durchaus correcten Sinn ergiebt.

Der zuletzt besprochene Gegensatz von consentire und non contradicere wiederholt sich in der lex 2, §. 1. dig. soluto matrimonio 24, 3 (Ulpianus):

> Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est, denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest etc.
>
> §. 2. Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus ut consentiat an vero ne contradicat filia? Et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam nisi evidenter contradicat, videri consentire patri.[1])

Pandektenfragmente S. 461. Da bei infantes das bloße Schweigen nicht als ein wirklicher Consens aufgefaßt werden kann, so ist bei ihnen der Consens ausnahmsweise entbehrlich, oder wie Bruns a. a. O. nach der üblichen Ausdrucksweise es nennt, ein „fingirter".

[1]) Vgl. auch l. 5 dig. de serv. praed. urb. 8, 2.

Auch der Inhalt dieser Stelle bestätigt das soeben Ausgeführte.[1])

Neben den bisher beigebrachten Beweisstücken und den indirekten Beweisen, welcher der gesammte Inhalt dieser Schrift gewähren soll, finden sich begreiflicherweise auch viele völlig indifferente Stellen, in welchen man consensus ebensogut mit „innerer Willensübereinstimmung" wie mit „Zustimmungserklärung" übersetzen kann. Ohne dies würde ja die Existenz der herrschenden Meinung unerklärlich sein.[2])

Keine beweist jedoch nach des Verfassers Meinung zu Gunsten der herrschenden Meinung. Den für den Leser ermüdenden Beweis dieser Negative durch eine vollständige Erörterung des Inhaltes dieser indifferenten Stellen hier zu übernehmen, wird er wohl dem Verfasser gern erlassen. Sollte sich wirklich aus ihnen ein Argument für die herrschende Meinung herausleiten lassen, was der Verfasser bestreitet, so wird es wohl an kampfeslustigen Verfechtern solcher Deductionen nicht fehlen. Hier sollen nur noch einige Fragmente Erwähnung finden, welche den bisher geführten Beweis wenigstens indirekt unterstützen, ohne ihn freilich direkt zu erbringen.

Hierher rechnet der Verfasser z. B. die l. 145 dig. de reg. juris 50, 17. (Ulpianus):

> Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.

Es wäre freilich möglich, daß hier consentire die innere Uebereinstimmung bedeutet, viel wahrscheinlicher ist es aber, daß es die Erklärung bezeichnet; denn die Frage, ob hier ein Betrug

---

[1]) Die von Zitelmann, dogm. Jahrb. 16. S. 425 erwähnte l. 165. dig. de reg. jur. 50, 17 beweist für die vorliegende Frage Nichts.

[2]) Vgl. z. B. l. 14 §. 6 dig. de muneribus et honoribus 50, 4. l. 160. dig. de diversis regulis juris 50, 17 u. a. m.

vorliege, konnte doch nur auftauchen, wenn das Opfer desselben sich zu einer wirklichen Erklärung hatte hinreißen lassen. Entweder also hat Ulpian in der Aufführung des Thatbestandes seiner Art zuwider einen wesentlichen Umstand, die Erklärung, aufzuführen vergessen, oder consentire bedeutet auch hier die Erklärungshandlung. Man könnte vielleicht hier, wie sonst, einwenden, daß consentire beides, den innern Willen und die Erklärung bezeichne. Allein es ist durchaus unglaublich, daß die Römer zwei Dinge, welche erfahrungsmäßig oft von einander abweichen und deren Abweichung von einander von der höchsten praktischen Bedeutung sein soll, mit einem einzigen Worte bezeichnet haben, und noch dazu einem solchen, welches so oft mit dem Adjektivum nudus verbunden wird. Auch bleiben die Wendungen consensu declarare und consensum dare nach dieser Version völlig unerklärlich.

Auf eine Zustimmungserklärung deutet ferner l. 7 pr. dig. quibus modis pignus 20, 6. (Gajus) hin:

> Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore auctore consenserit aut etiam ipse tutor, scilicet si commodumali quid vel satis ei fieri ex eo judex aestimaverit.

Daß eine bloße innere Zustimmung des Pupillen in Gegenwart des Vormunds, also eine bloße Willensübereinstimmung mit dem tutor nicht zu dem Begriffe des consensus für genügend gehalten, sondern eine Mitwirkung des pupillus bei dem abzuschließenden Geschäfte erfordert wurde, geht daraus hervor, daß die Quellen bekanntlich der Regel nach den Pupillen selbst als den eigentlich Contrahirenden bezeichnen.[1])

---

[1]) So z. B. oben in der citirten l. 7 pr. dig. quibus modis 20, 6.

Eine Unrichtigkeit müßte ferner nach der herrschenden Meinung auch die lex 12 §. 3 dig. de captivis 49, 15 enthalten. Daselbst heißt es:

> Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset: nam utique nec dissentire.

Dies ist nun nur insofern richtig, als der gefangene Vater zu Zustimmungs- und Widerspruchserklärungen außer Stande ist. Daß er in seinem Innern mit der Ehe des Sohnes einverstanden sein kann, kann wohl kaum bezweifelt werden. Meist wird sogar der Sohn bei der Wahl seiner Gattin außer Zweifel darüber sein, ob er im Sinne seines Vaters handelt oder nicht.

Alle bisherigen Beweise waren bisher doch immerhin bis zu einem gewissen Grade blos indirekte, sie legten dar, daß consentire in gewissen Stellen entweder überhaupt oder doch wahrscheinlicher Weise nichts anderes als „Zustimmungserklärung" bedeuten kann. Wir besitzen aber auch ein direktes Zeugniß über die Bedeutung dieses Wortes, welches fast geschrieben zu sein scheint, um Irrthümern, wie sie jetzt herrschen, vorzubeugen; so genau zergliedert es den Thatbestand des consensus in seine Elemente.

Es ist dies die Erklärung Ulpians in der l. 1 §. 3 dig. de pactis 2, 14:

> Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt ita et qui ex diversis animi motibus (diese motus sind dasjenige, was man vielfach irriger Weise unter consensus versteht) in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

Was die sententiae im Sinne der Quellen sind, ward oben schon angedeutet. Dieses decurrere ist das Herausfließen der beiderseitigen Redeströme aus dem Innern, bis sie sich in der Unterwerfung unter eine und dieselbe Vertragsbestimmung treffen. Diese confluentia der beiden Redeströme ist der consensus, er unterscheidet sich von den beiden Aeußerungen, deren Zusammentreffen er bezeichnet, wie, sofern ein etwas drastisches Bild erlaubt ist, die Stadt Coblenz von den Flüssen, nach deren Berührung sie genannt ist. So bezeichnet denn, worauf Cujacius [1]) aufmerksam macht, im Griechischen dasselbe Wort, welches den Zusammenfluß zweier Gewässer bezeichnet, den consensus.[2]) Zu erwähnen ist noch die bekannte lex 1. pr. §. 1. 2. dig. de pactis 2, 14 (Ulpianus): [3])

> Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?
>
> Pactum autem a pactione dicitur [4]) (inde etiam pacis nomen appellatum est [5])) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

---

[1]) Opera. Neapoli 1758, tom. I. pag. 9. 18. B., wo er auf den Ausdruck *σύμφωνον* bei Theophilus hinweist.

[2]) Vgl. Stephanus im thesaurus unter „*συμβολή*". Dies bedeutet conjunctio, concursus confluentium. *Σύμβολα* ist ein arkadisches Coblenz, *συμβολαιόγραφος* der tabularius, qui contractus scribit, *συμβαλλειν* heißt pacisci, *συμβολατεύειν* abstimmen.

[3]) Vgl. hierzu namentlich Cujacius ad titulum de pactis II, 14 op. Neapoli 1758, tom. I. p. 915.

[4]) Vgl. über diese „more Stoicorum" aufgestellte Etymologie Cujacius a. a. O. X. 876 A.

[5]) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechtes, 4. Aufl. Bd. I. S. 136. §. 11a. Anm. 45: Cujacius ad titulum de pactis opera Neapoli 1758, I. p. 917 c. I. 9. p. 26. A.

Dies „et“ gehört den besseren Handschriften an und konnte vielleicht Bedenken erwecken. Glücklicher Weise beweist auch das principium, lex 1. cit. 2, 14, daß Ulpian unter placitum einen Vorgang innerhalb der Außenwelt versteht, schon das inter eos placuerunt[1]) deutet darauf hin, zwischen den Paciscenten liegt eben die Außenwelt.

Man könnte fragen, warum hier wohl das placitum noch neben dem consensus erwähnt und nicht wie gewöhnlich von letzterem allein geredet worden sei. Nach der Meinung des Verfassers soll das placitum eine Eigenschaft des Vertrages andeuten, welche durch das Wort consensus nicht genügend gekennzeichnet ist und umgekehrt. Während nämlich das Wort consensus durch seine erste Silbe die Gegenseitigkeit der Erklärungen andeutet, weist das placitum darauf hin, daß es sich nicht blos um eine Einigung darüber, daß etwas sei, sondern um eine Abrede, der zufolge etwas sein soll, handelt.

Das Wort consensus bedeutet nämlich öfters in den Quellen auch eine Einigung der ersteren Art. Vgl. z. B. l. 1. §. 3 dig. de ususfr. adcresc. 7, 2. verbis:

omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt:

l. 10. §. 2. dig. de pactis II, 14. verbis:

et Julianus scribit et alii plerique consentiunt.[2])

Hiervon soll das pactum als eine auf einen thatsächlichen Erfolg gerichtete Einigung durch den Zusatz placitum unterschieden werden. Freilich deutet dies letztere Wort namentlich bei

---

[1]) Ebenso heißt es in dem zweiten cenotaphium Pisanum (Orelli, pag. 643) von den decuriones und coloni: inter sese consenserunt.

[2]) Vgl. auch Quintilianus lib. 9. cap. 1. §. 17. inter plurimos consensum est. Gellius noctes Atticae 3, 11. super aetate Homeri atque Hesiodi non consentitur.

Nichtjuriſten auch auf Gutachten rein indicativer Natur hin,[1]) allein in den Rechtsquellen iſt es bekanntlich ein terminus technicus für Senatsſchlüſſe und Kaiſergeſetze und es wird alſo in der angezogenen Stelle das placitum privatum dem placitum publicum in ähnlicher Weiſe gegenübergeſtellt, wie es ſonſt mit der lex privata hinſichtlich der lex publica geſchieht.[2]) [3])

Daß bei dem placitum auch an die äußere Abrede gedacht wird, ergiebt ſich z. B. aus lex 45. dig. de pactis II, 14 (Hermogenianus):

> Divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.

Hier bezeichnet placitum nicht das innere Einverſtändniß, ſondern die ſichtbaren Thatſachen der Tradition und Stipulation,

---

[1]) So ſpricht z. B. Plinius hist. nat. 15. cap. 5, 1. von den Catonis placita de olivis.

[2]) Auch der Senatsſchluß konnte füglich placitum et consensus heißen, denn vgl. Livius lib. 8. cap. 6. §. 8. consensit et senatus bellum. Auch das Gewohnheitsrecht, namentlich das durch Einigung der Juriſten erzeugte, heißt öfters placitum. Vgl. z. B. l. 25. dig. de jure dotium 23, 3.

[3]) Hält man feſt, daß placet Aeußerungen bedeutet, ſo wird man auch abweichend von der herrſchenden Meinung in der Bedingung si placuerit (§. 4. inst. de emtione 3, 23) eine Erklärung des Gefallens und in dem si displicuisset (l. 20. §. 1. de praescr. verbis 19, 5) eine ſolche des Mißfallens erblicken müſſen. Vgl. übrigens Fitting, Zeitſchrift für Handelsrecht Band V. S. 86 ff., Windſcheid, Pand. §. 93. Anm. 6, Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes §. 92. Ebenſo ſcheint man im Hinblicke auf die Doppeldeutigkeit des Wortes velle die Feſtſetzung si volam auf die allerdings höchſt unvernünftige Bedingung eines innern nicht erklärten Willens, die Bedingung quum volueris auf die Erklärung desſelben (constitutio) bezogen zu haben, weil dies „quum volueris“ auf den innern Willen angewandt ſchlechterdings keinen Sinn ergeben würde. Arg. l. 8. dig. de obl. et act. 44, 7. l. 46. §. 2. dig. de verb. obl. 45, 1.

ebenſo in est. 3. Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis IV. 64. (Diocletianus et Maximianus):

> Ex placito permutationis re nulla subsecuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.[1])

Die bisherige Unterſuchung hielt ſich vorwiegend an die Rechtsquellen, weil es bekannt iſt, daß es innerhalb der römiſchen Sprache eine beſondere juriſtiſche Ausdrucksweiſe gab. Der Verfaſſer kann es ſich aber nicht verſagen, auch den Sprachgebrauch der nichtjuriſtiſchen Schriftſteller in Betracht zu ziehen.

Hier iſt nun vor Allem zu beachten, daß bewährte Lexikographen bei den Wörtern consensus, consensio, consentire die urſprüngliche Bedeutung, in welcher ſie auf Menſchen angewandt werden, und welche, da unſere Quellendefinition von conſentirenden Perſonen redet, für uns allein in Betracht kommt, ſcharf von der Anwendung dieſer Worte auf unkörperliche Dinge als einer übertragenen und ſomit bildlichen trennen. In dieſer letzteren,[2]) für uns unintereſſanten Bedeutung bezeichnen jene Worte allerdings eine

---

[1]) Wenn im Texte behauptet wurde, daß das Geſetz und alſo auch das placitum einen imperativen Charakter habe, ſo wollte der Verfaſſer damit keineswegs etwa die neuerdings mit großer Lebhaftigkeit erörterte Controverſe, ob die Rechtsſätze Imperative ſeien (vgl. zuletzt Pferſche, Methodik der Privatrechts-Wiſſenſchaft. Graz 1881. S. 80) hier auf das Neue anregen. Niemand kann bezweifeln, daß die jussa legis vermöge ihrer jus ac potestas etwas befehlen und andrerſeits auch nicht, daß ſich jeder Imperativſatz durch eine einfache dialektiſche Manipulation in einen Indikativſatz verwandeln läßt (z. B. „Ich will, daß du arbeiten ſollſt" ſtatt „Arbeite"). Obwohl hiernach der Verfaſſer den tieferen Sinn dieſer Streitfrage vielleicht nicht verſteht, ſo glaubt er doch mit Beſtimmtheit behaupten zu dürfen, daß die Wiſſenſchaft nichts verliert, wenn man ſie dahingeſtellt ſein läßt.

[2]) So Forcellini im lexicon sub voce consensus unter translate. Georges' Lexikon bei consentire unter „übertragen".

Harmonie, eine übereinſtimmende Beſchaffenheit,[1]) und dies mag wohl der Grund ſein, warum man neuerdings unzuläſſiger Weiſe von der übertragenen Bedeutung auf die urſprüngliche und gewöhnliche zurückſchließend dieſe letztere mißverſtand. Als der gewöhnliche Sinn von consentire wird ſowohl von Forcellini,[2]) als auch von Georges[3]) die Abgabe von Erklärungen bezeichnet.

Auch hier finden ſich, wie in den Rechtsquellen, viele Stellen, bei denen die Ueberſetzung des Wortes consensus ſowohl als innere wie als äußere Uebereinſtimmung gleich gut möglich iſt, einige wenige ſogar, bei denen der an die falſche Anſicht Gewöhnte

---

[1]) Vgl. die citirten Lexika und z. B. Cicero de divinatione 2, 14. §. 34. conjunctio naturae et quasi concentus atque consensus, ähnlich de finibus bonorum et malorum lib. III. cap. 3. ratio nostra consentit, oratio pugnat. Auch wir ſagen, daß die Himmel des Ewigen Ehre verkündigen, daß Steine reden, Frevelthaten zum Himmel ſchreien, eine Aehnlichkeit ſprechend ſei und dergl. mehr. Dieſe uneigentliche Bedeutung iſt allein berückſichtigt in der lateiniſchen Synonymik von Schultz, 6. Ausg. Paderborn 1868. Seite 117, ebenſo in dem etymologiſchen Wörterbuche der lateiniſchen Sprache von Alois Vaniček. Leipzig 1874. S. 174.

[2]) Forcellini definirt in ſeinem lexicon consensio als actus (nicht als status) consentiendi und bemerkt vom consensus: idem fere quod consensio. Von consentio ſagt er, es heiße proprie una sentio, doch verſteht er unter una sentire nicht eine innere Uebereinſtimmung der Willen oder Meinungen, ſondern nur der Empfindungen (uno sensu percipere); auch weiß er für dieſe angebliche eigentliche Bedeutung nur eine Dichterſtelle (Lucret. 4, 797, eine Stelle, welche übrigens in manchen Ausgaben 4, 795 ſteht) anzuführen, während er für die übertragene gewöhnliche Bedeutung = convenire eine ſehr große Zahl von Belegen beibringt.

[3]) Georges bezeichnet consentire in ſeinem Lexikon als

I. mit Jemandem über etwas übereinſtimmen, übereinſtimmend oder einſtimmig etwas behaupten, beſchließen, ſich zu etwas vereinigen, ſich verſchwören, verabreden.

II. übertragen von Lebloſen, harmoniren, paſſen.

die erſtere Auslegung für die natürlichere halten wird.[1]) Stellen, welche zu derſelben zwingen, hat der Verfaſſer trotz des redlichſten Bemühens nicht zu finden vermocht. Dagegen giebt es auch hier, wie in den Pandekten, eine Reihe von Stellen, in denen die Beziehung des consensus auf eine blos innere Uebereinſtimmung ſchlechterdings undenkbar iſt.

Bei Plinius heißt es consensu laudatur[2]) und ebenſo heißt es bei Cicero in der oratio pro L. Flacco cap. 41. §. 103:

> Sed quid ea commemoro, quae tum, cum agebantur, uno consensu omnium, una voce populi Romani, uno orbis terrae testimonio, in caelum laudibus efferebantur?

Bei Livius vollzieht ſich der Majoritätsbeſchluß consensu.[3]) Wenn ſich Verſchwörer zuſammenrotten, ſo heißen ihre Unterhandlungen consensiones.[4]) Die Mitwirkung an einem Abfalle, durch welchen ſich jemand blosgeſtellt hat, heißt bei Livius ein consensus.[5]) Der consensus wird von Cicero neben der vox und dem clamor als ein Mittel der approbatio erwähnt. So in der oratio in L. Pisonem cap. 1. §. 7:

> Mihi populus Romanus universus .... aeternitatem mortalitatemque donavit, cum meum jus jurandum

---

[1]) Cicero ſagt de officiis I. cap. 2. einmal sibi ipsi consentire, doch heißt, dies dort, wenn man genauer zuſieht, das Verhalten eines Menſchen, welches ſeinem Charakter treu bleibt, und iſt jedenfalls bildlich gemeint. In der oratio in Vatinium heißt es cap. 9 §. 23: de communi salute consentimus, doch kann dies ſehr wohl auf gemeinſame Berathungen zum Wohle des Staates bezogen werden.

[2]) natur. hist. lib. 17. cap. 5. §. 3.

[3]) lib. 1. cap. 32. §. 12. — lib. 36. cap. 40. §. 10.

[4]) Cicero epistola ad Atticum lib. X. No. 4 b.

[5]) lib. 23. cap. 15.

tale atque tantum, juratus ipse, una voce et consensu approbavit.

Philippica quarta cap. 1. §. 2:

hostem illum esse, tanto consensu tantoque clamore approbavistis.

Ganz beſonders bedeutſam iſt aber die Bemerkung Cicero's de amicitia cap. 23:

Una est enim amicitia in rebus humanis, de cujus utilitate omnes uno ore consentiunt.

Man wende nicht ein, daß derſelbe in der erſten Philippica 1. cap. 9. ſagt:

Omnes jam cives de reipublicae salute una et mente et voce consentiunt,[1])

oder gar in der vierten Philippica cap. 3:

Omnes mortales una mente consentiunt, omnium arma *** contra illam pestem esse capienda.

Dies letztere beweiſt darum nichts, weil man ja ſehr wohl vom Geiſte getrieben reden, nicht aber mit dem Munde denken kann.[2])

Auch mit der Etymologie des Wortes ſtimmt die hier vertretene Ueberſetzung mindeſtens ebenſo gut überein wie diejenige der herrſchenden Meinung. Es iſt ſicher, daß die Präpoſition „con", mit Zeitwörtern zuſammengeſetzt, bald ein Nebeneinander von Zuſtänden oder Handlungen bezeichnet, bald darauf hindeutet,

[1]) Vgl. Philippica prima c. 12. §. 30: Recordare, quaeso, Dolabella, consensum illum theatri, cum omnes earum rerum obliti, propter quas tibi fuerant offensi, significaverunt, se novo beneficio memoriam veteris doloris objecisse. Das significare heißt hier consensus.

[2]) Vgl. auch die oratio IV. in Catilinam c. 9. §. 18: omnes ordines ad conservandam rempublicam mente, voluntate, studio, virtute, voce, consentiunt.

daß mehrere Dinge zu oder gegen einander kommen oder gebracht werden.[1]) So heißt es z. B. conclamare einerseits als Intransitivum zugleich mit einem andern rufen, andrerseits als Transitivum mehrere zusammenrufen. (Aehnlich verhält es sich mit concordare, concubare und dergl.)[2]) Hiernach bezeichnet im Pandektenlatein das Wort consensus auch in der That — was in den obigen Ausführungen noch nicht hervorgehoben worden ist — ein Doppeltes, eine Zustimmung neben einem andern und eine Zustimmung gegen einander zu derselben rechtsgeschäftlichen Festsetzung. Die letztere ist einerseits dasjenige, was wir oben als Vertrag, andrerseits dasjenige, was wir als Beschluß gekennzeichnet haben, die erstere dasjenige, was im Sinne der heutigen Sprache Consens (Zustimmungserklärung) genannt wird, z. B. der Consens zur Ehe, zur Veräußerung einer dem Consentirenden gehörigen Sache durch den Nichteigenthümer und dergl. mehr. Hier stimmt der Consentirende neben einem andern einem Dritten gegenüber zu irgend einem Geschäftsinhalte oder einem Verhalten zu oder er erlaubt etwas.[3])

---

[1]) Auf die Bewegung mehrerer Dinge gegen einander beziehen sich concipere, concīdere, concĭdere, conciere, conciliare, concoquere, concludere, concumbere, concupiscere, concutere, condicere, concurrere u. dgl. m.

[2]) Da ein Zusammenkommen nicht blos durch ein beiderseitiges Entgegengehen, sondern auch dadurch, daß der eine zu dem andern kommt, möglich ist, so erscheint convenire auch als verbum transitivum und bezeichnet als „Verklagen" einen unwillkommenen Besuch, welchen der active Theil dem passiven abstattet, oder richtiger eine Heimsuchung des letzteren.

[3]) In diesem Sinne reden z. B. l. 14. §. 6. dig. de muneribus et honoribus 50, 4. l. 11. §. 1. dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur 20, 6. cst. 11. Cod. Theodosiani de metallis 10, 19. l. 48 pr. dig. de operis libertorum 38, 1. l. 160 dig. de diversis regulis juris 50, 17. l. 165. eodem 50, 17. l. 6. dig. de adoption. I, 7. l. 10. dig. eodem. l. 25 (26) dig. de negotiis gestis 3, 5. l. 5. dig. de serv. praed. 8, 2. l. 8. §. 1. dig. de procurat. 3, 3. l. 45. §. 5. dig. de ritu nuptiarum 23, 1.

Da nun freilich sentire auch und sogar der Regel nach ein inneres Empfinden oder Wollen bezeichnet, so würde es ja nicht undenkbar sein, daß sich das Wort consensus auch als Bezeichnung eines nebeneinander bestehenden Empfindens und Wollens mehrerer Personen ausgebildet hätte. Es ist dies aber nun ein Mal, wie der Verfasser nach Lage der Quellen annehmen zu müssen glaubt, nur in der bildlichen Anwendung des Wortes auf unpersönliche Dinge geschehen. In der That würde es wohl zu Verwechslungen haben führen müssen, wenn dasselbe Wort für das beiderseitige äußere Zustimmen und das gleichzeitige innere Uebereinstimmen gegolten hättte. Für geradezu auffallend aber würden wir es halten müssen, daß Ulpian, wenn consensus die innere Uebereinstimmung der Willen bezeichnet hätte, dieselbe einen consensus in idem statt in eodem genannt hätte. Dies scheint dem Verfasser so unlateinisch, daß diese Annahme nach seiner Meinung ausgeschlossen sein muß. Ja, selbst wenn wirklich consentire in seiner eigentlichen Anwendung sich gleich gut auf innere Uebereinstimmungen wie auf das äußere Uebereinkommen sollte beziehen lassen,[1]) so würde es uns doch unbenommen bleiben müssen, diejenige der beiden denkbaren Bedeutungen des Wortes, welche allein unsere Quellen zu erklären vermag, als die eigentlich juristische zu bezeichnen.

---

l. 7. §. 1. dig. de sponsal. 23, 1. l. 30. dig. de novat. 46, 2. c. 1. 11. pr. Cod. de remissione pign. 8, 25 (26). cst. 5. in fine Cod. de emanc. 8, 48 (49). pr. inst. de nuptiis I, 10. l. 67. pr. dig. pro socio 17, 2. l. 14. §. 5. dig. de divers. temp. praescr. 44, 3. l. 31. §. 3. dig. de querela inoff. 5, 2. Vgl. Jhering, dogmat. Jahrb. Bd. I. S. 303 ff. II. 121 ff. Wendt, ebenda XIX. S. 385.

[1]) Dies scheint Merguet, Lexikon zu den Reden des Cicero, Jena 1874, anzunehmen, indem er consensus bezeichnet als Uebereinstimmung, Einmüthigkeit, Einverständniß, Verabredung. Ob die Annahme einer solchen Doppelbedeutung für das nichtjuristische Latein geboten ist, dies zu beurtheilen überläßt der Verfasser den Philologen.

Der Verfasser weiß es sehr wohl, wie mißlich es ist, als Jurist mit vorwiegend philologischen Waffen zu kämpfen und sich dadurch dem Einwurfe: Ne sutor ultra crepidam auszusetzen. Dies um so mehr, als es sich um ein Wort handelt, dessen Bedeutung Cicero — allerdings wohl in oratorischer Uebertreibung — für höchst dunkel erklärt.[1]) Gern hätte er daher einem Philologen von Fach die vorstehenden Ausführungen überlassen. Da sich aber keiner dieser Aufgabe unterzogen hat, da ferner die Beseitigung des oben dargelegten Irrthums eine Vorbedingung des Verständnisses derjenigen Quellen ist, deren Kenntniß man mit Recht von dem Juristen erwartet, da sie endlich allein uns von Streitfragen befreien kann, welche Doctrin, Praxis und Gesetzgebung belästigen und verwirren, kann man es da dem Verfasser verdenken, wenn er in seiner Noth, statt den Schutz der Hilfswissenwissenschaft anzuflehen, selbst von seinem Vertheidigungsrechte Gebrauch macht? Allein eben weil der Verfasser dem Philologen in derartigen Dingen unbedingt den Vortritt einräumt, legt er großes Gewicht darauf, daß es seine, und nicht die herrschende Meinung ist, welche mit den citirten Ansichten philologischer Autoritäten übereinstimmt. Wenn er zu den letzteren auch den mehrfach citirten Cujacius zählt, so wird man ihm dies wohl gewißlich nicht von philologischer Seite als eine juristische Ueberhebung anrechnen.[2])

Was sich gegen das beigebrachte Material etwa anführen ließe, vermag er nicht vorauszusehen, einen Einwand aber erwartet er mit Sicherheit. Man wird ihm nämlich wahrscheinlich erwi-

[1]) Oratio pro Cluentio cap. 57. §. 157: QUI COIERIT quod quam late pateat videtis. CONVENERIT aeque infinitnm et incertum est. CONSENSERIT hoc vero cum incertum et infinitum, tum obscurum et occultum est.

[2]) Vgl. jetzt auch Hellmann, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882, S. 126 §. 5 (während des Druckes erschienen).

dern, daß allerdings consentire Aeußerungen bezeichne, daß aber die neben den Aeußerungen vorhandene innere Willensübereinstimmung aus der „Natur" der Willenserklärung als Voraussetzung eines gültigen Vertrages folge. Ohne inneren Willen sei keine Willenserklärung denkbar; so hat man geradezu argumentirt. Wäre das wirklich wahr, so würde daraus freilich nur folgen, daß wir das Wort Willenserklärung hinfort nicht mehr zur Bezeichnung eines Thatbestandes verwenden dürfen, der nach Lage der Quellen sich nur aus äußeren Akten zusammensetzt. Wir würden dann statt dessen von „Abrede", „Festsetzung", „Bestimmung" und dergleichen sprechen müssen. Man kann überhaupt nicht aus der Natur des Rechtsbegriffes gegen den quellenmäßig bezeugten objektiven Rechtssatz argumentiren; denn der Begriff hängt von dem Inhalte des objectiven Rechtssatzes ab; wer diesen aus jenem erklären will, bewegt sich in einem Zirkel. Der Satz „Non jus ex regula, sed regula ex jure" gilt nicht nur von den Regeln, sondern auch von den Begriffen des Rechtes, welche aus denselben folgen.[1]) Leider erfreut sich die nüchterne Wahrheit dieses Satzes durchaus nicht allgemeiner Anerkennung, denn nur zu oft ist man nicht damit zufrieden, die Rechtssätze aus den Quellen und, soweit diese zweifelhaft sind, aus ihrem Zwecke auszulegen und hiernach die thatsächlichen Erscheinungen des Lebens im Hinblicke auf den Inhalt des Rechtes zu Begriffen zusammenzufassen, sondern man will durchaus Prinzipien finden, welche von der gegebenen historischen Quelle unabhängig sind. Da man nun in Fragen der Methodologie nicht leicht darauf rechnen kann, seine Gegner zu überzeugen, so bleibt dem Verfasser nichts Anderes übrig, als die Resultate der hier angegriffenen Methode

[1]) Vgl. hierüber namentlich Ihering's Ausführungen in Schmoller's Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft. Bd. VII. Heft 1. S. 4.

von ihrem eigenen Standpunkte aus anzufechten und zu prüfen, ob aus den Obersätzen der Gegner, welche statt aus den Quellen aus den Begriffsmerkmalen der Erklärung und des Willens argumentiren, in der That die Schlußsätze folgen, welche sie aus denselben ziehen. Diese Mühe wird auch vom Standpunkte des Verfassers aus keine zwecklose sein, weil ihm die zu findenden Definitionen als eine Schutzwehr gegen Mißverständnisse dienen sollen.

---

§. 3.

Zur Beseitigung terminologischer Mißverständnisse.

Wenn der Verfasser im Vorstehenden nachwies, daß der consensus nichts Innerliches, sondern ein Aeußerliches sei, so war es ihm zunächst darum nur zu thun, die negative Seite dieser Behauptung klarzulegen. Der positiven dagegen, d. i. der Schilderung derjenigen äußerlichen Vorfälle, welche den Vertragsabschluß[1]) bilden, ist ein großer Theil der folgenden Erörterungen gewidmet, denn sie ist eine Vorbedingung der Feststellung des Einflusses, welchen der Irrthum auf die Unvollkommenheit der Vertragsabrede haben kann.

Schon oben wurde gelegentlich dieses Aeußerliche als zwei Erklärungen bezeichnet. Nun ist neuerdings behauptet worden,

---

[1]) Der Verfasser sagt absichtlich: den Vertragsabschluß; nicht den Vertrag; denn das Wort „Vertrag" ist doppeldeutig, es bedeutet sowohl die Vertragsverhandlungen, als die durch sie erzeugten rechtlichen Folgen. Vgl. hierüber namentlich Ihering, Geist des römischen Rechtes. Bd. III, Nr. 1. 2. u. 3. Aufl. S. 149, 157 ff. §. 53. II. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877. S. 2.

der Begriff der Willenserklärung setze den inneren Willen ihres Inhalts mit Nothwendigkeit voraus. Diese Behauptung wird man nicht prüfen können, ohne zu untersuchen, was der Inhalt einer Erklärung ist. Dies läßt sich aber nicht ermitteln, wenn man sich nicht hier, wie sonst, von einer vielverbreiteten grundsätzlichen Annahme, deren Unrichtigkeit freilich bei einer genaueren Betrachtung sogleich in die Augen springt, losmacht. Es ist das die Annahme, daß das Verhältniß der Wörter unserer noch in lebendigem Flusse der Entwickelung begriffenen Deutschen Rechtssprache zu den mit ihnen gewöhnlich bezeichneten Begriffen des recipirten Rechtes in einem ebensolchen unwandelbaren und festgegebenen Verhältnisse stehen, wie die entsprechenden Ausdrücke der lateinischen Sprache,[1]) so daß jedem juristischen deutschen Ausdrucke auch mit Nothwendigkeit ein entsprechender fester Begriff des römischen Rechtes gegenüberstehe. Nun lehrt uns aber die Geschichte das Gegentheil. Unsere deutsche Rechtssprache ist zum großen Theile, während der Juristenstand lateinisch dachte und schrieb, von Nichtjuristen für nichtjuristische Zwecke und daher nicht in Uebereinstimmung mit den technischen Rechtsbegriffen ausgebildet worden — ich erinnere nur an die Worte Besitz, Recht, Anspruch, Voraussetzung, Pflicht, Stellvertretung u. s. w.,[2]) — die schwierige, aber dankenswerthe Aufgabe der neueren Rechtswissenschaft ist es vielmehr, zwischen der schwankenden Sprache des Lebens und dem Rechtsbegriffe eine feste Fühlung herzustellen, so überhaupt erst eine Rechtssprache zu schaffen und die lateinischen termini technici allmäh-

[1]) Auch diese sind, wie oben hervorgehoben wurde, vielfach mehrdeutig, aber doch in ihrer Mehrdeutigkeit fest.

[2]) Vgl. über diese Differenz zwischen der Rechtssprache und der Redeweise der Laien Ihering's Geist des römischen Rechts. Bd. II. §. 38. 3. Aufl. S. 332. Anm. 482.

lich entbehrlich zu machen.[1]) Daß dies bereits völlig gelungen ist, davon kann noch nicht die Rede sein; der Verfasser hofft, indem er mit der entgegengesetzten Thatsache rechnet, zugleich sie auf's Neue zu erweisen.[2])

So ist die Bedeutung des Wortes „Erklärung" durchaus ungewiß. Es ist eine eigenthümliche Ironie des Schicksals, daß gerade dieses Wort einer besondern Erläuterung bedarf. Es wird in der neueren juristischen Litteratur unzweifelhaft in den verschiedensten Bedeutungen verwendet. Darüber sind alle einig, daß unser positives Recht bei Verträgen, letztwilligen Verfügungen, Erbschaftsantretungen und -ablehnungen und dergl. Geschäften ein gewisses äußeres Verhalten verlangt, und daß man das deutsche Wort „Erklärung" zu der Bezeichnung dieses Verhaltens

---

[1]) Dieser Entwickelungsproceß, in dem wir uns befinden, erklärt zum großen Theile die vielen Streitigkeiten über bloße „Auffassungen" eines Rechtsinstitutes ohne praktischen Hintergrund, über welche Wächter, Pandekten I, S. 72, ein erbarmungsloses Verdammungsurtheil ausgesprochen hat. Vielleicht würden seine Auslassungen milder gewesen sein, wenn er bedacht hätte, daß derartige unerfreuliche Gährungsprocesse die unvermeidlichen Geburtswehen einer festen Deutschen Rechtssprache sind und daß sie vorübergehen werden und müssen. Zum Theile beruht vielleicht der „naturphilosophische Mysticismus und die bilderreiche Romantik", mit welcher nach Wächter einige Neuere die „einfachen und natürlichen Gedanken unseres Rechts umnebeln", zum Theile auf dem Einflusse der Schreibart Hegel's, dessen sachliche Verdienste übrigens nicht verkleinert werden sollen.

[2]) Man vergesse nur nicht, daß die Festigkeit unserer Muttersprache in der Regel da aufhört, wo Abstraktionen, welche der Durchschnitt unserer Gebildeten nicht mehr controliren kann, beginnen, und daß wir nicht, wie die Franzosen, eine Akademie haben, welche terminologische Streitigkeiten endgültig schlichtet. Dies ist für den Reichthum unseres Geisteslebens sehr förderlich, führt aber zu der Consequenz, daß ohne eine gutwillige Verständigung über die Terminologieen kein Fortschritt der Dogmatik möglich ist.

anwenden will. Trotzdem erscheint der Ausdruck in der Sprache der einzelnen Gelehrten in verschiedenstem Sinne.

Ohne nun behaupten zu wollen, daß in dem schwankenden Sprachgebrauche überhaupt eine Ausdrucksweise als die allein richtige auftreten darf, will der Verfasser doch diejenige Terminologie, welche ihm die verbreitetste und zweckmäßigste zu sein scheint, erläutern und durch ihre Vergleichung mit der Redeweise Anderer die getroffene Wahl rechtfertigen.[1])

Zur Vereinfachung der Begriffsbestimmung scheidet der Verfasser zunächst hier eine Hauptbedeutung des Wortes „Erklären", welche nicht hierher gehört, aus, nämlich diejenige, welche identisch mit dem Worte „Auslegen" oder „Anschaulichmachen" ist. Diese bezieht sich nicht auf eine Produktion, sondern auf die Erläuterung eines schon vorhandenen Natur-, Geistes- oder Kunstprodukts. So ist z. B. die Auslegung eines Vertrages oder eines Gesetzes eine Erklärung (in dem Sinne von Auslegung) einer Erklärung (in dem Sinne von Aeußerung).

Wenn wir bisher das Wort „Erklärung" in einem Sinne beobachteten, welcher allgemein üblich ist, aber mit den Vorbedingungen der Rechtsgeschäfte nicht in Zusammenhang gebracht wird, so müssen wir jetzt eine andere Anwendung desselben Wortes hier ausschließen, welche zwar in die Lehre von dem Rechtsgeschäfte hineingezogen worden ist, jedoch nach des Verfassers Meinung der dogmatischen Brauchbarkeit entbehrt. Sie entstammt dem Sprachgebrauche Hölder's. Dieser[2]) behauptet, daß,

„wer ein Wort in einem Sinne gebrauche, in welchem es

---

[1]) Die zu einer derartigen Feststellung des Erklärungsbegriffes unvermeidlichen unerquicklichen Subtilitäten bittet der Verfasser denjenigen zur Last zu schreiben, welche diesen so vieldeutigen Ausdruck in der Vertragslehre zum terminus technicus erhoben haben.

[2]) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 568.

andere nicht zu gebrauchen pflegen, den Gedanken, welchen er damit ausdrücken wollte, auch wirklich ausgedrückt hat.“ „Worte sind ein Zeichen und Ausdruck desjenigen Gedankens, welchen der Redende mit ihnen bezeichnen und ausdrücken wollte.“

Wenn ich also aus Versehen statt: „Ich kaufe dies Haus“ die Worte „ich miethe dies Haus“ ausspreche, so habe ich nach Hölder eine Kaufsofferte erklärt.

Der Verfasser glaubt in dieser Redeweise eine Abweichung von der allgemeinen Gewohnheit des Sprechens und Denkens erblicken zu müssen. Er meint, daß man für gewöhnlich etwas nur dann für erklärt hält, wenn es jemandem klar und erkennbar werden konnte.[1]) Nach der Ausdrucksweise Hölders müßte übrigens eine Differenz zwischen Willen und Erklärung undenkbar sein, da ja immer der innere Wille erklärt sein würde. Dies will aber Hölder offenbar nicht sagen, also kann er selbst seine Terminologie nicht aufrecht erhalten.

Wichtiger als die bisher zurückgewiesenen Bedeutungen des Wortes ist eine fernere, welche zwar für die Entstehung einzelner Rechtsgeschäfte wichtig, für die Vertragslehre aber gleichgültig und daher hier gleichfalls auszuscheiden ist.

Es ist dies „Erklärung“ im Sinne einer Handlung, welche nicht nothwendiger Weise eine Wahrnehmung zu erzeugen beabsichtigt, aber doch nach ihrer Beschaffenheit eine solche erzeugen

---

[1]) declarare heißt clarius facere, klarer machen als es vorher war. Wenn nun aber ein Gedanke sich in meinem Innern befindet, so wird er dadurch, daß ich eine ihm nicht entsprechende Erklärung abgebe, um nichts klarer als er vorher war. Es ist also nicht einzusehen, warum man dann sagen solle, er sei „erklärt“ worden. Vgl. übrigens auch Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. III. S. 194.

könnte, falls nämlich jemand sie belauscht (die unbeabsichtigte, wenn auch vielleicht nicht unerwünschte Wahrnehmbarmachung).[1])

In diesem Sinne faßt Bruns den Begriff der Erklärung, weil er auch bei Occupationen, Derelictionen und dergl. von Erklärungen gesprochen haben will,[2]) also z. B. auch dann, wenn jemand einsam einen Hirsch im tiefen Walde schießt, oder allein am Strande in dunkler Nacht Muscheln occupirt, sie ißt und die Schalen demnächst in das Meer wirft. Die Möglichkeit, daß solche Akte belauscht werden,[3]) ist freilich nicht ausgeschlossen, darum kann man auch diese stillschweigenden Monologe ohne Zuschauer (Handlungen, die zwar nicht Wahrnehmungen, aber doch Wahrnehmbares hervorrufen) allenfalls Erklärungen nennen. Vielleicht erhebt mancher hiergegen vom Standpunkte sprachlicher

---

[1]) Mit dieser Terminologie hängt die praktisch wichtige Frage zusammen, ob da, wo das Recht Erklärungen verlangt, z. B. bei Erbschaftsantretungen, auch solche unfreiwillige Erklärungen Geltung haben. Dagegen namentlich mit Recht Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 125: Sollte z. B. jemand die schlechte Angewohnheit haben, mit sich selbst laut zu sprechen, so wird der Inhalt eines solchen Monologs, wenn er eine Erbschaftsantretung enthält, sicherlich nicht von Erbschaftsgläubigern, welche ihn belauscht haben, geltend gemacht werden können. Solche Erklärungen kann das Recht nicht gemeint haben, wenn es Erklärungen wirken läßt, weil aus ihnen nach den Umständen, unter denen sie geschehen, auf eine volle Ernstlichkeit des Willens der Geschäftsfolgen nicht geschlossen werden darf. Aehnliches gilt bei Erklärungen an Personen, denen sie ganz gleichgültig sein müssen. „Vor seinem Kammerdiener kann man die Erbschaft nicht rechtswirksam antreten" (Kohler a. a. O.). Vergl. Ihering's Geist des römischen Rechts. Bd. II. §. 46. Nr. 682a. 3. Aufl. S. 527.

[2]) Pandektenfragmente, kleinere Schriften. Weimar 1882. Bd. II. S. 454.

[3]) Ist der Lauscher wirklich vorhanden, so wird das Wahrnehmbare zum Wahrgenommenen.

Richtigkeit Widerspruch, allein die Frage nach der Zulässigkeit dieser Redeweise ist nach des Verfassers Meinung ohne juristische Bedeutung und jedenfalls betrifft diese Art von Erklärungen die Vertragslehre nicht.

Indem wir uns nun den eigentlich für uns wichtigen Erklärungsbegriffen zuwenden, müssen wir unter diesen eine weitere Verschiedenheit der Bedeutungen des Wortes „Erklärung" hervorheben, deren Nichtbeachtung bisweilen geradezu verhängnißvoll wird.

Unsere deutschen Verbalsubstantive sind bald Surrogate des Infinitivs, bald des Participium Perfekti Passivi, und so bedeutet denn die Erklärung bald die Erklärungshandlung, das Erklären (declarare), bald das Erklärte (declaratum).

Unter einer Erklärung im Sinne von declaratum versteht man aber in der Regel gewisse wahrnehmbare Erscheinungen der Außenwelt (Schallwellen, Schriftstücke), welche hergestellt sind, um sogleich oder auch, wenn sie Schriftstücke sind, vielleicht später durch räumliche Annäherung an eine oder mehrere Personen in diesen eine Wahrnehmung hervorzurufen. Solche Erklärungen (declarata) haben eine von ihrem Urheber unabhängige Existenz erlangt, sie existiren vor und nach ihrer Uebermittelung an denjenigen, für welchen sie bestimmt sind, innerhalb der Außenwelt.

Da nun bei schriftlichen Erklärungen das declaratum angefertigt sein kann, ehe es abgesandt wird, so gewinnen wir für die schriftlichen Aeußerungen noch eine besondere Bedeutung des Wortes „Erklären" (declarare). In diesem bedeutet Erklärung „Anfertigung eines declaratum". Wenn ich also z. B. um neun Uhr eine Acceptationserklärung niederschreibe und sie um zehn Uhr absende, so habe ich zwei Handlungen vorgenommen, welche der gemeine Sprachgebrauch nicht unterscheidet, sondern beide als „Erklärungen" bezeichnet, der Jurist aber um ihrer verschiedenen

praktischen Bedeutung willen unterscheiden muß.[1]) Freilich bei mündlichen Erklärungen vermischt sich beides. Während ich mündlich erkläre, daß ich kaufen will, erscheinen die Erklärungshandlung und das Erklärte, welches auf den Schallwellen ein kurzes Dasein fristet, dem Angeredeten wie ein einziger Wahrnehmungsgegenstand. Ein und dasselbe physische Ereigniß erzeugt mehrere Gedanken zu gleicher Zeit, den Inhalt einer Vertragsnorm, so z. B. das Angebot, daß das Haus des Redenden von dem Angeredeten gegen eine Zahlung von tausend Thalern erworben sein soll, den Gedanken, daß der Redende hiermit seinerseits für den Fall einer Zustimmung von der andern Seite dieser Norm zustimme, und eine Aufforderung zur Zustimmung von der andern Seite.[2]) Durch die Beobachtung dieser drei Eigenschaften desjenigen Aktes, welchen man gewöhnlich Offerte oder Antrag nennt,[3]) soll natürlich die Einheit des Aktes nicht, wie

---

[1]) Vgl. Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen. S. 6. — Man könnte übrigens ein solches noch nicht fortgeschicktes Schriftstück im Hinblick auf die zukünftige Absendung ein declarandum nennen, allein der Grund, warum wir einen solchen Brief für sich allein eine Erklärung nennen, liegt nicht in seiner Bestimmung abgesandt zu werden, sondern in seiner Eigenschaft, einem Gedanken einen bleibenden festen Ausdruck in der Außenwelt zu geben, vgl. jetzt auch Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. S. 424.

[2]) Ob die Unterscheidung der Offerte in oblatio und approbatio in Kant's Rechtslehre, §. 19 (vgl. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen. Wien 1874. S. 8. Anm. 2) eine ähnliche Auffassung ausdrücken soll, vermag der Verfasser nicht bestimmt zu beantworten.

[3]) Der Ausdruck ist so fest eingewurzelt, daß er sich nicht mehr wird beseitigen lassen. Er ist nicht nur unrömisch, sondern auch unlogisch. Wenn der Offerte eine sogenannte Aufforderung zur Offerte, welche eine vollständige lex contractus enthält, vorhergeht, so ist der Auffordernde der Antragsteller, und doch erklärt der andere die erste Zustimmungserklärung. Diese letztere und der Antrag fallen also oft nicht zusammen. Was nun gar den Ausdruck „Angebot" betrifft, so kann man ihn bei zweiseitigen

man neuerdings zu sagen pflegt, in „unnatürlicher Weise zerrissen", sondern es sollen nur die Merkmale festgestellt werden, welche er in seiner Einheit an sich trägt.

Die Herstellung des Deklaratum und die Unterwerfung unter seinen Inhalt,[1]) d. h. die Erklärung, daß es gelten solle, vermischen sich also bei mündlichen Erklärungen in einen einzigen Akt[2]) und lassen sich fast niemals von einander trennen.[3])

Verträgen wohl auf die Waare beziehen, nicht aber auf das Geschäft selbst, denn der Offerent verlangt hier in der Regel mindestens ebensoviel als er anbietet. Was nun gar den häßlichen Ausdruck „Oblat" betrifft, so hat man dafür kein entsprechendes deutsches Wort finden können. Regelsberger, Handbuch des Handelsrechts, Bd. II. S. 424. Anm. 4, giebt zu, daß der von ihm gewählte Ausdruck „Antragsempfänger" nicht ganz passend sei.

[1]) Bei Wechseln unterscheidet man bekanntlich beides als Creation und als Begebung.

[2]) Zitelmann's Bemerkung, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 369, „die unmittelbare Handlung ist Mittel zur Erreichung der Absicht und zugleich Erklärung dieser Absicht" kann daher in ihrer Allgemeinheit bei schriftlichen Erklärungen leicht zu einer Vermischung der Abfassung und der Absendung des Schriftstückes Anlaß geben.

[3]) Der Verfasser will einen allerdings sonderbaren, jedoch wahren Fall, in welchem ausnahmsweise sich auch bei mündlichen Erklärungen die Herstellung des Deklaratum und dessen Abgabe trennten, nicht unerwähnt lassen. Eine Französin machte eine Reise durch Deutschland, ohne die Sprache und den Inhalt der Rechtsgeschäfte, deren Abschluß sie zu ihrem Zwecke nöthig hatte, zu kennen. Sie wußte nicht, wo sie Eisenbahn-Billets zu nehmen hatte und wohin, auch nicht, in welche Gasthöfe sie sich begeben sollte. Ein Deutscher notirte ihr nun in französischer Sprache alle die Gelegenheiten, bei denen sie gewisse Aeußerungen zu thun hatte, und diese ihr völlig unverständlichen Aeußerungen selbst zwar in deutscher Sprache, aber in einer den Gesetzen der französischen Aussprache entsprechenden Form. Wo sie dieser Erklärungen bedurfte, lernte sie sich dieselben auswendig und deklamirte dieselben, immer mit dem günstigen Erfolge, daß dasjenige geschah, was nach der Absicht des Verfassers jenes Schriftstückes

So wichtig nun diese Feststellung des Begriffes der bloßen Abfassung eines Deklaratum für die Vertragslehre ist, so hat das Wort „Erklären" in diesem Sinne doch mit der Perfektion der Verträge nichts zu thun. Es soll damit durchaus nicht etwa gesagt sein, daß diese bloße Abfassung eines Schriftstückes nicht auch unter Umständen für sich allein rechtswirksam sein kann. So ist es z. B. nach preußischem Rechte möglich, sein Testament in gewissen Fällen durch schriftliche Nachzettel zu ergänzen.[1]) Wer einen derartigen vorschriftsmäßigen Nachzettel in voller Einsamkeit abfaßt, nimmt unzweifelhaft eine gültige Erklärungshandlung vor. Wenn der Tod ihn gleich darauf ereilte, so würde der Nachzettel gültig sein, während das Gleiche etwa von einer im voraus ausgestellten Cessionsurkunde nicht gelten würde. Was von den Nachzetteln des preußischen Rechtes hier gesagt wurde, das gilt auch von dem testamentum parentis inter liberos.[2]) Nach der Creationstheorie kommt auch bei dem Wechsel etwas Aehnliches vor.[3])

Daß jedoch ein Gleiches bei den gewöhnlichen Verträgen nicht gilt und also auch dieser Begriff der Erklärung (das in

---

geschehen sollte. Hier war dieser der Autor des declaratum, sie die Urheberin der verbindlichen Erklärungshandlung. Ihr Verhalten war genau dasselbe, wie dasjenige eines Kaufmannes, welcher den von seinem Correspondenten entworfenen Brief ungelesen unterschreibt und absendet. — Die Consequenzen des oben Hervorgehobenen für die Stellvertretungslehre sollen unten besondere Erwähnung finden.

[1]) §. 161—163. A. L. R. I, 12. Anh. §. 35.

[2]) Hierauf machte den Verfasser einer seiner Zuhörer, welchem er die im Texte besprochene Bestimmung des preußischen Rechtes in dem oben angegebenen Zusammenhange mittheilte, aufmerksam. Man denke auch an die Abfassung des in dem mystischen Testamente vorbehaltenen Codicills.

[3]) Der Verfasser hält die Creationstheorie de lege ferenda für empfehlenswerth, de lege lata aber nur dort für geltend, wo sie sich gewohnheitsrechtliche Anerkennung verschafft hat.

der Außenwelt fixirte declaratum) aus dem Kreiſe der Betrachtungen auszuſcheiden iſt, dürfte zweifellos ſein. Nur die Anſicht Bähr's[1]) könnte es fraglich machen, ob er nicht vielleicht das Wort Erklärung in dieſem Sinne faßt; denn er läßt den Ausſteller einer entwendeten und mißbrauchten Vollmacht haften. Man könnte alſo meinen, daß Bähr der Ausſtellung Verpflichtungskraft beilegen wolle. Dem iſt aber nicht ſo; denn er nimmt eine gleiche Haftung wenigſtens in gewiſſen Fällen auch bei den gefälſchten Urkunden an,[2]) läßt alſo bisweilen aus Vertragsbeſtimmungen haften, welche überhaupt nicht von dem Haftenden ausgegangen ſind. Er faßt daher das Wort Erklärung zwar auch als declaratum und nicht als declarare, aber in einem zweiten bisher noch nicht erwähnten Sinne dieſes Wortes als „den bloßen Erfolg, wie er aus einer Erklärungshandlung hervorzugehen pflegt", als ein „Klarwerden über etwas", ſei es nun durch eine wirkliche Aeußerung oder durch einen trügeriſchen Schein hervorgerufen. Erklärung iſt alſo bei Bähr etwa ſo viel wie Wahrnehmung. Daß dieſe Redeweiſe den Geſetzen der deutſchen Sprache nicht entſpricht, würde für ſich allein gegen die Richtigkeit des damit bezeichneten Gedankens noch nichts beweiſen. Ehe freilich die letztere geprüft werden kann, müſſen noch zwei andere Bedeutungen des Wortes mitgetheilt werden, welche man als die beiden gewöhnlichen bezeichnen kann, ohne daß ſich bei der vielverbreiten ungenauen Behandlung dieſes Gegenſtandes mit Beſtimmtheit ſagen läßt, welche die üblichere iſt. Während Bähr

---

[1]) Dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 412 ff.

[2]) Dieſe Meinung Bähr's (a. a. O. S. 415) hat den Gegnern der richtigen Anſicht leider eine wichtige Handhabe gegen ſeine Ausführungen gegeben. Bähr vertritt dieſe Anſicht übrigens nur für ſolche Urkunden, welche ihrer Natur nach beſtimmt ſind, Dritten gegenüber zu wirken, a. a. O. S. 413.

unter Erklärung anscheinend das „Klarwerden" versteht, verstehen die meisten darunter entweder ein „Klarmachen mit nachfolgendem Klarwerden" (Mittheilung mit folgender Wahrnehmung), oder auch ein „Klarmachen schlechtweg" (Mittheilung mit oder auch ohne Erfolg).

Eine absichtliche Handlung, welche einem oder mehreren etwas wirklich klar macht (die Erklärung mit Erfolg), ist nach der Meinung einiger Schriftsteller der spezifisch juristische Begriff der Erklärung. Bekker[1]) meint, das bloße Reden oder Zeigen einer Schrift sei nur ein Stück der Erklärung. Erst, wenn die Schall- oder Lichtbewegungen zu dem Ohr oder Auge dessen, welchem erklärt wird, gelangt seien, sei die Erklärung fertig geworden.

In einem ähnlichen Sinne hatte sich auch Kohler[2]) geäußert, indem er meinte, das Wesen des Vertrages bestehe darin, daß eine Erklärung und damit ein Geisteseffekt in der Seele der Mitcontrahenten gewollt und erzeugt sei.[3])

Endlich spricht Zitelmann zwar auch von erfolglosen Erklärungen, er bemerkt jedoch daneben,[4]) daß „eigentlich zur thatsächlichen Vollendung der Erklärung nicht blos das Erklären auf der einen, sondern auch das Klarwerden auf der andern Seite gehöre."

Bei der Kritik dieser Redeweise dürfen wir nicht übersehen, daß der Begriff der rechtlich wirksamen Erklärung ein engerer ist als derjenige der Erklärung schlechtweg. Erstere wird, wenigstens wenn es eine Offerte ist, allerdings wie Bekker[5]) meint, wir-

---

[1]) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 43.

[2]) Dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 155.

[3]) Kohler war es hier freilich offenbar zunächst nur darum zu thun, die wirksame Erklärung, nicht die Erklärung schlechtweg zu definiren.

[4]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 376.

[5]) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 43.

kungslos bleiben, falls sie nicht vernommen ist, ist sie aber eine Acceptation, so ist das Gleiche bekanntlich keineswegs außer Streit, und es ist zweifellos, daß auch die Anhänger der Vernehmungstheorie, wenn sie behaupten, daß die Annahmeerklärung dem Offerenten bekannt geworden sein müsse, neben dem Begriffe der vernommenen Erklärung einen umfassenderen Erklärungsbegriff kennen. Hiernach glaubt der Verfasser daran festhalten zu müssen, daß wir, schon um Verwechslungen zu vermeiden, die Erklärungsthatsache von ihrer Wahrnehmung durch ihren Adressaten sprachlich trennen und die letztere Wahrnehmung als eine von der Erklärung zu unterscheidende besondere Thatsache bezeichnen müssen. Wollen wir das nicht, so kommen wir in Verlegenheit, weil uns dann ein Wort fehlt, um eine Gruppe rechtlich wichtiger Thatsachen zu bezeichnen, nämlich die zweite der üblichen Kategorien, welche man Erklärungen nennt, das sind Handlungen, welche in der erkennbaren Absicht, einem Dritten etwas klar zu machen, geschehen sind, und welche auch dann Erklärungen heißen, wenn sie die beabsichtigte Wirkung noch nicht erreicht oder verfehlt haben (Erklärungen ohne Erfolg). Dahin gehört die Absendung eines Briefes, welcher noch nicht angekommen und desjenigen, welcher verloren gegangen ist, die mündliche Offerte an den Tauben und dergl. mehr.

Die vorläufige oder endgültige Erfolglosigkeit der Erklärung liegt der Regel nach an einem Vorfalle oder Umstande, welcher verhindert, daß die durch die Erklärungshandlung erzeugte Veränderung der Außenwelt mit den Sinneswerkzeugen des Adressaten der Erklärung in Berührung kommt, z. B. Untergang des Briefes auf dem Wege, Taubheit des Adressaten u. dergl. Sie kann freilich auch hier in einer Untauglichkeit des in der Erklärungshandlung erzeugten oder abgesendeten Schriftstückes oder der mündlichen Rede liegen; so bei widerspruchsvollen und unverständlichen Erklärungen.

In diesem Sinne wird vielfach geradezu die Anwendbarkeit des Begriffes Erklärung negirt, denn man sagt oft, eine unverständliche Erklärung sei überhaupt keine Erklärung. Der Verfasser meint zwar, daß auch solche unverständliche Erklärungen immerhin Erklärungen sind; da es aber zweifellos ist, daß das Recht ihnen bei Rechtsgeschäften die Wirksamkeit versagt, so werden sie hiermit ausgeschieden, und es soll der Begriff der erfolglosen Erklärung auf die bei einer Berührung mit den Sinnesorganen des Adressaten wahrnehmbaren Erklärungen beschränkt werden. Erklärungen in diesem Sinne nennen wir „abgegeben“,[1]) wenn der Erklärende die letzte derjenigen Handlungen vorgenommen hat, welche ihm nöthig schienen, um eine unmittelbare oder mittelbare Wahrnehmung dieser Handlungen durch die in das Auge gefaßte Person herbeizuführen.[2]) Man könnte daher die Abgabe einer Erklärung definiren als eine Handlung mit der Absicht der Wahrnehmbarmachung eines Gedankens.[3])

Es bleiben uns hiernach drei Begriffe übrig, von denen es fraglich ist, ob ihnen die Vertragserklärung beizuzählen ist: die zu dem Zwecke einer Mittheilung geschehene und geeignete Handlung, die vollendete Mittheilung und endlich die bloße Entstehung

---

[1]) Vergl. die Wendung consensum dedisse in den oben S. 17, 18 citirten leges.

[2]) Eine Erklärung ist und bleibt abgegeben, auch wenn sie widerrufen ist. Der rechtzeitige Widerruf zerstört nicht die Thatsache der Erklärung, sondern er beugt nur den Wirkungen vor, welche sie ohne den Widerruf unter gewissen Voraussetzungen erzeugen würde.

[3]) Diese Bezeichnung auch der nicht gelungenen Erklärung als eine Erklärung entspricht durchaus der deutschen Redeweise. Wenn wir z. B. von mißlungenen Lösungen einer Aufgabe reden, so bezeichnen wir mit Lösung eine Handlung, welche eine Aufgabe lösen soll. Etwas abweichend Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 287.

des Eindruckes einer solchen Mittheilungshandlung. Wenn die herrschende Meinung auf die soeben gestellte Frage eine Antwort geben soll, so muß sie sich in einer übeln Lage befinden. Das Wort conventio besagt nicht viel, das Wort consensus soll ihr zufolge nicht die Erklärungen bezeichnen, es fehlt ihr also jeder Quellenboden. Sie muß dann schließlich aus der „Natur der Sache" Behauptungen aufstellen, welche der Beweiskraft entbehren, da Niemand, welcher nicht will, sie zu glauben genöthigt werden kann. Namentlich wird man aus einer Betrachtung derjenigen Thatsachen, welche wir Vertragsverhandlungen nennen, niemals entnehmen können, ob und wann das objective Recht eine rechtliche Wirksamkeit an sie anheftet.[1])

Anders der Verfasser von seinem Standpunkte. Das Wort consensus giebt ihm eine genügende Auskunft. Zu einem consensus duorum gehören zunächst zwei sententiae, Meinungsäußerungen,[2]) also ein bewußtes Verhalten zweier Personen, das einen gewissen Sinn seitens des einen dem andern wahrnehmbar macht. Die unabsichtliche Erzeugung einer Wahrnehmung kann hiernach keine Consenserklärung sein. Aber auch der Erfolg einer wirklichen Wahrnehmung braucht den Consenserklärungen nicht innezuwohnen; denn auch die bloße Wahrnehmbarmachung eines Gedankens heißt sententia. Nun folgt freilich aus der ersten Silbe des Wortes consensus, daß die sententiae in einer gewissen Beziehung zu einander stehen müssen, um einen Consens zu bilden. Sie müssen einmal in gegenseitiger Richtung abgegeben sein[3]) und ferner muß z. B. bei zwei Contrahenten mindestens die eine der

---

[1]) Es ist das so, als ob man die Vorschriften über cautio damni infecti aus der Beobachtung eines baufälligen Hauses entnehmen wollte.

[2]) So daß also die oben gelegentlich besprochenen sinnlosen Erklärungen keinen Consens bilden, woran freilich Niemand zweifelt.

[3]) Vgl. das Nähere weiter unten §. 6.

beiden in Kenntniß der andern geschehen sein.[1]) Sonst würden wir nicht von einem consensus reden können und es würde namentlich die Schilderung des convenire, welche Ulpianus in der lex 1. de pactis 2, 14. giebt, nicht passen.[2])

Mehr sagt uns das Wort consensus nicht; mehr brauchen wir aber auch nicht zu wissen. Den consensus erzeugen hiernach: Handlungen von Personen, geschehen und geeignet zu dem Zwecke der gegenseitigen Mittheilung,[3]) durch welche die Handelnden denselben Gedanken als richtig oder maßgebend anerkennen, und welche entweder gleichzeitig von allen in gegenseitiger Kenntniß der Handlungen der übrigen oder auch einzeln in Kenntniß der früheren Handlungen derselben vorgenommen sein müssen.

Dieser Gedanke ist es, welchen der Verfasser, nachdem er den Begriff der Erklärung in dem juristisch richtigen Sinne als einer „Wahrnehmbarmachung" festgestellt hat, in die Formel zusammen ziehen möchte:

> der consensus duorum in idem ist eine Uebereinstimmung gegenseitiger unter einander zusammenhängender Erklärungshandlungen nach ihrem Sinne.

---

[1]) Wenn z. B. zwei Personen gleichzeitig eine Urkunde unterschreiben, so geschieht die Unterwerfung unter dieselbe in beiderseitiger Kenntniß von der Erklärung des andern.

[2]) Hiernach beantwortet sich die Frage nach der Gültigkeit einer Doppelofferte im negativen Sinne. Anders z. B. Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 445. Vgl. ebenda S. 424, Anm. 5, doch ohne Quellenbeweis. Es liegen hier zwei sententiae gleichen Inhalts vor, aber kein consensus. Ueberhaupt will manche Person ein Geschäft zwar dann gelten lassen, wenn sie es selbst offerirt hat, nicht aber, wenn es ihr von anderer Seite angeboten ist. Man denke an einen Verlöbnißvertrag vom Standpunkte des Bräutigams aus.

[3]) Diese Mittheilung kann sofort oder auch später geschehen, jedenfalls aber muß sie ohne eine weitere Handlung des Erklärenden Platz greifen sollen, sonst ist die Erklärungshandlung noch unvollendet.

Des Gegensatzes wegen mag auch derjenige consensus definirt werden, welcher nicht ein gegenseitiges Zustimmen, also einen Vertrag, sondern eine einseitige Zustimmung zu oder neben der Handlung eines andern darstellt. Diese ist also

die Abgabe einer Erklärungshandlung mit dem Sinne, daß der Erklärende etwas billige oder erlaube.[1])

Wir kehren zu dem erstterwähnten Consensbegriffe zurück und suchen seinen Gegenstand näher zu begrenzen. Die Vorfrage ist hier, was überhaupt der Gegenstand von Erklärungen sei, was also wahrnehmbar gemacht werden könne. Wir finden in dieser sehr vernachlässigten Materie hauptsächlich bei Zitelmann das verdienstliche Bestreben, diesen Punkt näher aufzuklären.[2]) In der Sprache Zitelmanns ist eine Willenserklärung „das Heraustreten eines Willens an die Klarheit des Tageslichts." So spricht er auch von Absichtserklärungen.[3]) Seine eingehenden Ausführungen lassen keinen Zweifel darüber, wie er sich den Vorgang bei einer solchen Erklärung denkt. Er stellt sich das Heraustreten des Gedankens etwa so vor, als ob der Gedanke, welcher vorher im Innern war, nachher in der Außenwelt existirte, etwa wie ein Splitter, der aus der Wunde gezogen oder wie ein Thierjunges, welches von seiner Mutter geworfen wird. Man wird vielleicht geneigt sein, diese Analyse des Erklärungsvorganges für etwas Selbstverständliches zu halten. Allein dann täuscht man sich; denn sie ist unrichtig. Schon Zitelmann's eigene

[1]) Diese Erklärung wird der Regel nach an den dritten Mitcontrahenten des der Erlaubniß Bedürftigen gerichtet sein müssen, doch gehört das Nähere nicht hierher. Eine Entwickelung der Theorie der Consense in dem Sinne dieser einseitigen Zustimmungserklärungen würde eine sehr lohnende Arbeit sein. Vgl. Ihering's dogm. Jahrb. Bd. 1. S. 303 ff. Bd. 2. S. 121 ff.

[2]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 366; vgl. ebenda S. 381. Freilich scheint dem Verfasser dort das Ziel nicht erreicht worden zu sein.

[3]) A. a. O. S. 371.

Ausführungen stehen damit im Widerspruche; denn indem er fragt, ob eine juristische Willenserklärung ohne Absicht wirksam sein könne, hält er es für möglich, daß eine Willenserklärung abgegeben ist, während dabei nicht die innere Absicht, sondern etwas Anderes an das Tageslicht getreten ist. Was dieses Andere ist, werden wir uns sogleich klar machen, sobald wir erwägen, was denn überhaupt in dieser Weise an das Tageslicht treten kann.

Die innern Vorgänge des Seelenlebens, welche wir in uns beobachten und Gedanken, Empfindungen und Willen nennen, treten nun und nimmer an das Tageslicht. „Gott nur siehet das Herz." Wenn wir ungenauer oder richtiger bildlicher Weise sagen, daß wir sie äußern, so ist dieses eine Ausdrucksweise, welche, wie jeder Vergleich, hinkt; denn der geäußerte Gedanke verschwindet nicht aus dem Innern, wie ein aus der Wunde gezogener Splitter, sondern er bleibt ebenso nachher wie vorher da, wo er war. Was heraustritt ist also ein zweites von ihm Verschiedenes, eine Summe von Worten oder Zeichen, welche, sobald sie dem Gedanken oder der Empfindung angemessen sind, ihn anderen dadurch wahrnehmbar machen, daß sie diesen die Möglichkeit gewähren, nach gewissen Regeln und Gewohnheiten des Aeußernden oder der Allgemeinheit, z. B. den Sprachgesetzen, einen Schluß auf das Vorhandensein des Gedankens zu ziehen. Eben weil der Inhalt dieser Worte oder Zeichen ein Inneres

[1]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 398. Vgl. zu dem Folgenden: Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft, 1877. S. 13 ff. Pernice, Zeitschrift f. Handelsrecht. Bd. 25. S. 84.

[2]) Ein gleiches gilt von der Bezeichnung der Erklärung oder einer „Verkörperung" des Gedankens (vgl. Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 386), welcher annimmt, daß der Gedankenstoff in specificirter Form aus dem Innern herausgetreten sei (vgl. auch Ihering, Geist des röm. Rechts. §. 44. S. 445. 3. Aufl.) „Der ausgesprochene Gedanke ist so zu sagen gefrorenes Denken". Als Bild ist dies natürlich unanfechtbar, als exacte Wahrheit unhaltbar.

wiederspiegelt, sagen wir auch von ihnen, den Aeußerungen, daß sie einen Gedanken, ein Empfinden, ein Wollen in sich enthalten. Dieser Gedanke, dieses Empfinden, dieses Wollen ist aber, selbst wenn es dem Inneren dessen, welcher die Aeußerung thut, entspricht, doch niemals identisch mit dem Gedanken, dem Empfinden, dem Wollen, dessen bloßes Spiegelbild es ist.[1]) Wie ein Arzt in dem Magenspiegel nur ein Abbild eines Magens sieht, nicht diesen selbst, so sieht der Beobachter einer Erklärung in ihr nur Abbilder innerer Vorgänge, welche selbst ihm ewig verschlossen bleiben, und hier wie dort kann das Bild wegen Mangelhaftigkeit des Spiegels ein falsches sein. Nun hat sich der Sprachgebrauch dahin entwickelt, daß man diese Spiegelbilder mit demselben Namen bezeichnete, welche ihr Gegenstand an sich trug, also von Gedanken, die in Worten oder Bildern ausgeprägt sind, oder Empfindungen, welche in Tönen stecken, und dergl. redet.

Es herrscht somit für alle psychologischen technischen Bezeichnungen ein Dualismus: mit demselben Worte, mit welchem man Seelenvorgänge benennt, bezeichnet man Eigenschaften, welche Erscheinungen der Außenwelt anhaften und darin bestehen, daß sie die Vorstellung erwecken, ihr Erzeuger habe jenen Seelenvorgang in sich erlebt.

Der Gedanke eines Kunstwerks ist also etwas Objektives, welches das denkende Gehirn überlebt, die Grundstimmung einer Dichtung überdauert das Gemüth dessen, aus dem sie hervorgegangen ist, und so, in diesem Sinne, giebt es auch eine voluntas ultra mortem,[2]) es ist dies kein Wille im psychologischen

---

[1]) Vgl. hierüber namentlich die Ausführungen Ihering's, Geist des römischen Rechts. Band II. 3. Aufl. §. 44. S. 445, und die dort Anm. 610b citirten Verse Schiller's.

[2]) Quintilian declam. 308. Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem. Im psychologischen Sinne ist der

Sinne, wohl aber ein fixirtes Spiegelbild, gleichsam die Photographie einer Willensregung, bei Lebzeiten des Wollenden aufgenommen. Dieser Wille ist eben nichts anderes als der Sinn einer abgegebenen Erklärung, festgestellt unter Benützung aller vorhandenen Hilfsmittel; der Sinn aber nichts anderes, als derjenige Gedanke, von welchem man annehmen muß, daß er von dem innern Willen ein getreues Spiegelbild darlegt; dieser innere Wille selbst ist als solcher für das Recht gar nicht vorhanden und auch nun und nimmermehr an die Außenwelt getreten.[1])

Wenn die Erklärung mit dem innern Willen gleichen Inhalts ist, so wird man dadurch verleitet, zu übersehen, daß ihr Sinn und der letztere trotzdem zweierlei sind. Wo aber der innere Wille und der Sinn von einander abweichen, da merkt man es sogleich, daß der erstere etwas anderes als der erklärte Wille ist.[2])

Wenn Vertreter der zur Zeit herrschenden Meinung das Gegentheil behaupten, so setzen sie sich dabei in Conflict mit dem logischen Satze vom Widerspruche.

„Ein innerer Wille ist erklärt," das ist die schroffste con-

Ausdruck voluntas ultra mortem unrichtig, im juristischen völlig correkt, denn die Eigenschaft der Testamentserklärung, den Gedanken des Testators wiederzuspiegeln, überdauert dessen Leben.

[1]) Vgl. jetzt auch Baron, Pandekten. 4. Auflage. S. 108. §. 62: Das Rechtsgeschäft ist erst dann vorhanden, wenn der Wille, von welchem es getragen wird, in die sichtbare Welt als Erscheinung eingetreten, wenn er erklärt ist.

[2]) Man behaupte nicht etwa, daß diese Verwendung der Worte: „Sinn, Gedanke, Wille, Zweck" auf Eigenschaften äußerer Thatbestände eine blos bildliche sei; denn jede ursprünglich bildliche Ausdrucksweise ist dann eine technische, wenn es keine andern Worte giebt, mit denen man diese Dinge, welche doch nun einmal benannt werden müssen, bezeichnen kann (vgl. Jhering, Geist. Th. II. Vorrede. S. XIII. 3. Aufl.) Wie sollte man auch in der That jene Eigenschaften technisch benennen?

traditio in adjecto. Ebenso wenig wie, um mit den Quellen zu reden, ich da stehen kann, wo du stehst, ebenso wenig kann dasselbe drinnen und zugleich draußen sein; denn daß mein innerer Wille aus meinem Geiste verschwunden ist, nachdem die Erklärung abgegeben worden ist, wird man doch nicht behaupten wollen. Was erklärt ist, ist draußen; ist also ein Wille erklärt, so kann damit nicht der innere Wille, sondern es muß etwas anderes erklärt sein, was vielleicht mit dem inneren Willen seinem Inhalte nach übereinstimmt, immer aber ein Zweites, von ihm Verschiedenes ist.

Unter einem „erklärten Willen" verstehen wir daher also den Sinn einer Aeußerung.

Das Wort „Sinn" bedarf noch einer näheren Erläuterung und einer Abgrenzung gegen den Begriff „Wortlaut der Erklärung."

Der Sinn einer Aeußerung ist derjenige Gedanke, welchen die Person, zu deren Kenntnißnahme die Aeußerung bestimmt ist, unter Benützung aller ihr zugänglichen Auslegungsmittel aus der Erklärung entnehmen mußte, während der Inhalt des Wortlauts einer Aeußerung derjenige Gedanke ist, welchen man aus einer bloßen Berücksichtigung der gebrauchten Worte entnehmen muß.

Man stellt Wortlaut und Sinn oft in der Weise gegenüber, als ob blos der letztere einen „Gedanken", d. h. die Eigenschaft, die Vorstellung eines Gedankens zu erwecken, in sich enthielte, ersterer aber etwas rein physisches sei.[1]) Dabei übersieht man,

[1]) Hierzu dürfte die bekannte Stelle Cicero pro Murena cap. 12. In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt beigetragen haben. Auch das sächsische Civilgesetzbuch, §. 809, unterscheidet die deutlichen Worte eines Vertrages von dessen Sinn. Correcter der code civil art. 1156, welcher der commune intention den sens littéral entgegensetzt.

daß auch dasjenige, was wir Wortlaut nennen, einen Gedanken darstellt, nämlich denjenigen, welchen jeder, der die Worte wahrnimmt, aus ihnen zunächst unter Anwendung der Sprachregeln schließen muß. Auch der Wortlaut oder der „Buchstabe" der Schrift ist keine rein physische Eigenschaft der Erklärung, denn wer die Sprache des Erklärenden nicht kennt, kann ihn nicht ermitteln, man gewinnt ihn also nur durch eine Denkoperation, einen Schluß aus dem Obersatze der Sprachgesetze, freilich einer Operation, deren sich der Denkende der Regel nach um ihrer Schnelligkeit willen nicht bewußt wird. Wortlaut und Sinn sind also beide nur durch eine Deduktion zu ermitteln, und der Unterschied zwischen beiden besteht lediglich darin, daß bei ersterem die Zahl der angewandten Hilfsmittel eine kleinere ist, bei diesem eine größere, denn dort werden nur die Sprachgesetze, hier auch alle anderen dem Erklärungsempfänger zugänglichen Mittel zur Feststellung des durch die Erklärung auszudrückenden Gedankens angewendet.[1]) Der in dieser Weise zu ermittelnde Sinn der Erklärung ist von einigen Gegnern der richtigen Ansicht oftmals in so unerbittlicher Weise mit dem bloßen Wortlaute verwechselt worden,[2]) daß der Verfasser auf die Gefahr hin, den Leser zu

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts. Band. II. §. 44. 3. Aufl. S. 447, faßt die Aufgabe der Ermittelung des Sinnes in das eine Wort zusammen: Vergegenwärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben ist.

[2]) So fragt Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 419: „Also nicht der lebendige Geist soll gelten, sondern das todte Wort?" Das hat aber Niemand behauptet, vielmehr soll es auf den Sinn der Worte ankommen (vgl. ferner Zitelmann, S. 420). Röver freilich, S. 43, verwechselt Wortlaut und Sinn der Erklärungen, wenn er meint, daß im Falle der c. 5. Cod. plus valere quod ag. 4, 22 das Vorhandensein der Erklärungen eines Kaufes enthalten sei, obwohl er doch S. 44 supponirt, daß die Erklärung des einen Contrahenten in erkennbarer Weise dem Willen desselben widersprach.

ermüden, nochmals durch ein Beispiel hervorheben möchte, wodurch sich der Sinn einer Erklärung von dem sog. inneren Willen, d. i. dem Gedanken, welcher ausgedrückt werden sollte, unterscheidet. Ein französischer Kaufmann, welcher sich Oel bestellen will, richtet nach Basel an einen Geschäftsfreund, bei welchem er zu den Baseler Marktpreisen zu kaufen pflegt, in deutscher Sprache folgenden Bestellbrief:

„Schicken Sie mir 10 Faß Essig",

weil ihm ein Freund auf Grund einer erklärlichen Verwechslung mitgetheilt hat, das deutsche Wort Essig bedeute huile. Hier ist der Wortlaut oder der buchstäbliche Sinn der Erklärung der Auftrag einer Sendung von Essig, der „Sinn" der Kauf einer Quantität von Essig, nicht von Oel, zu dem Baseler Marktpreise, der sogenannte innere Wille die Bestellung von Oel.[1])

Wir müssen also folgende verschiedenen Arten von Gedanken unterscheiden, welche bei einer Erklärung in Betracht kommen können:

1. Der sog. Wortlaut oder Buchstabe[2]) oder noch richtiger der buchstäbliche Sinn, d. i. derjenige Gedanke, welchen man aus ihr nach den Gesetzen der Sprache schließen muß.[3])

---

[1]) Die hier gerügte Verwechslung zwischen demjenigen Sinne, welchen eine Erklärung hat, und demjenigen, welche sie nach dem Wunsche des Urhebers haben sollte, spielt auch bei der Auslegung der Gesetze eine verhängnißvolle Rolle. Wenn man, um der Absicht des Gesetzgebers zu dienen, bei der Auslegung der Gesetzestexte Interpretationsmomente benutzt, welche dem Publikum nicht zugänglich sind, so raubt man dem Volke die Möglichkeit, sich auf den Inhalt der Gesetze verlassen zu können, handelt also dem Hauptzwecke des Gesetzes zuwider. Um das entgegengesetzte Verfahren zu rechtfertigen, braucht es wahrlich keiner Fiktion.

[2]) Der Ausdruck „Buchstabe" wird, um den Gegensatz des „Sinnes" zu bezeichnen, z. B. verwandt von Mühlenbruch, Archiv für civilistische Praxis. Bd. 4. S. 411.

[3]) Wie sehr im altrömischen Rechte dieser Wortlaut herrschte, ist aus Ihering's Ausführungen (Geist des röm. Rechts. Bd. II. §. 44 ff. S. 441 ff.)

2. Der Gedanke, welcher ausgedrückt werden sollte, aber nicht ausgedrückt worden und auch sonst bei keiner andern Gelegenheit erkennbar geworden ist, d. i. der dem Erklärenden erwünschte, aber nicht wirkliche Sinn. Dieser Sinn wird aus sehr nahe liegenden Gründen nicht beachtet. De occultis non judicat ecclesia.
3. Der innere Gedanke, welcher sich zwar nicht in dem Wortlaute abspiegelt, aber doch dem Empfänger der Erklärung erkennbar werden mußte.[1]) Das ist der Sinn in der eigentlichen Bedeutung des Wortes. So z. B. wenn eine Stadtgemeinde den Nachtwächterposten ausbietet und ein Schreiben eingeht, in welchem gesagt ist, der Unterzeichner erkläre sich bereit, gegen eine bestimmte Summe in den Straßen der Stadt von 10 Uhr Morgens bis 6 Uhr Abends Wachtdienste zu thun. Hier mußte sich der Empfänger sagen, daß die Worte Morgens und Abends mit einander verwechselt seien, also einen von dem Wortlaute der Erklärung verschiedenen Sinn aus dem geschehenen Anerbieten herauslesen.[2])
4. Ein Gedanke, welcher ausgedrückt werden sollte, welcher aber nicht in einer für den Adressaten der Erklärung er-

---

zur Genüge bekannt. Nähere Ausführungen, durch welche der Verfasser darthuen wollte, daß der Gang der römischen Rechtsgeschichtsentwickelung nicht zu der herrschenden, sondern zu der von ihm verfochtenen Meinung führt, sind durch die durchaus in demselben Sinne gehaltenen Ausführungen Hartmann's in den dogmatischen Jahrbüchern, Band XX. S. 27 ff. überflüssig geworden.

[1]) Er ist es, welcher als sententia oder voluntas den verba, der vox und dem sermo entgegengestellt wird. Vgl. l. 19. dig. de legibus 1, 3. l. 6. §. 1. dig. de verb. sign. 50, 16. l. 67. dig. de reg. juris. 50, 17.

[2]) In der Definition von Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechtes. Stuttgart 1857. S. 2: „Die Beziehung der Wörter zu einander ist der Sinn der Rede oder der in ihr ausgedrückte Gedanke" werden die Begriffe Wortlaut und Sinn nicht unterschieden.

kennbaren Weise ausgedrückt, jedoch anderweitig indirekt nachweisbar ist.[1])

So bei dem bekannten Telegramm „Verkaufen Sie X Aktien", welches entstellt als „Kaufen Sie X Aktien" anlangte oder bei dem aus Versehen unterschriebenen Formulare. So auch wenn der erwähnte Candidat des Nachtwächterpostens zehn statt elf Uhr geschrieben hätte. Hier würde man seinen innern Gedanken nicht aus der Erklärung entnehmen können; es würde dann der von dem Absender erwünschte Sinn (4) mit dem wirklichen Sinne in Widerspruch stehen. Wenn man nun die Frage dahin richtet, ob es auf die Erklärung oder den inneren Willen ankommt, also ob der Wortlaut oder der zuletzt erwähnte innere Wille entscheidend sei, so verdunkelt man durch dieses schroffe Entweder-Oder die Fragestellung. Nicht der Wortlaut entscheidet, noch die innere Absicht, sondern der Sinn der Erklärung.[2])

Daß die Römer auch diesen „voluntas" nannten, ist im

---

[1]) Vgl. über diesen Fall Ihering, dogmatische Jahrbücher. Bd. IV. S. 106—112, und Hartmann, ebenda. Bd. 20. S. 61, auch über den Gegensatz zwischen 3 und 4 Hartmann, a. a. O. S. 12. Anm., letzten Absatz. Diese Nr. 4 wird mit Nr. 2 vielfach verwechselt, so z. B. wenn man behauptet, daß der innere Wille gar nicht nachweisbar und darum nicht zu berücksichtigen ist. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 92, meint, die Spaltung von Wille und Erklärung sei unnatürlich, weil die Willenserklärung eine Einheit sei. Hierbei kann er nur den Willen in dem unter 3 angegebenen Sinne im Auge haben, während die heutige Meinung, wenn sie Wille und Erklärung spaltet, an Nr. 4 denkt. (Vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subject. Recht. S. 354. Anm. 59. S. 360. Anm. 70). Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechtes. Stuttgart 1857. S. 3, meint: „Wer nicht will, was er sagt, oder nicht sagt, was er will, hat sinnlos geredet." Dies entspricht nicht den Gesetzen der deutschen Sprache. Niemand wird eine Erklärung sinnlos nennen, welche in sich einen verständlichen Gedanken enthält, aber aus Versehen abgegeben ist.

[2]) Hierbei wird natürlich von Formalgeschäften, z. B. Wechseln, abgesehen. Vgl. darüber Regelsberger, Handbuch des Handelsrechts. Bd. II. S. 389. Anm. 12.

vorigen Paragraphen wohl zur Genüge erwiesen worden. Der Vertragswille, sowohl der innere als der äußere, sind oben wiederholt als Gedanken bezeichnet worden, nämlich als Gedanken, daß etwas sein soll. In der That lassen die Quellen keinen Zweifel darüber, daß für ihre Redeweise die Begriffe Wille und Gedanke sich zu einander verhalten, wie die Art zur Gattung. Vgl. l. 5. dig. de transactionibus 2, 15. (Papinianus):

> Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur.

Unter dem Gedanken kann hier, wie aus dem vorigen Paragraphen folgt, nur der in dem Sinne der Erklärung eingeschlossene Gedanke gemeint sein.

Ebenso l. 9. dig. eodem (Ulpianus) in fine:

> iniquum est peremi pacto id de quo cogitatum non docetur.[1])

Aehnlich lex 12. dig. eodem Celsus:

> Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. etc.,

eine Stelle, die von einem innern Willen spricht.

Aehnlich auch die cst. 10. Cod. de donationibns 8, 53. verbis:

> si de hoc fundo non cogitasti.

Daß nun die Verwendung des Worts „Vertragswille" für den Sinn der Parteierklärungen auch neuerdings vielfach geschieht, steht fest. Der „Vertragswille" ist bei ihnen eben nichts als der

[1]) Ueber die Interpunktion dieser Stelle vergleiche Mommsen in seiner Pandektenausgabe.

[2]) Vergl. z. B. Hartmann a. a. O. S. 11. So behauptet z. B. Savigny in seinem Obligationenrechte, Band II. §. 57, der Bote sei

Ausdruck der lex contractus oder des in ihr enthaltenen Gedankens und die Praxis wendet das Wort täglich in diesem Sinne an. Man möchte die Frage aufwerfen, wie es nur möglich war, diesen einfachen und quellenmäßigen Sprachgebrauch so gründlich mißzuverstehen. Wir können eben den römischen Sprachgebrauch nicht in so gefahrloser Weise nachahmen, wie die Römer ihn anwandten. Das vorwiegend praktische,[1]) weltbeherrschende Volk sah mit solcher Verachtung vom Standpunkte seiner angeblichen vera philosophia auf die simulata herab, daß die Möglichkeit der Verwechslung eines juristischen Begriffes mit einem gleich-

Träger des Willens. (Ebenso auch z. B. Salkowsky, Lehrb. der Institutionen. 3. Aufl. §. 20.) Wille bedeutet hier offenbar den in der Erklärung enthaltenen Gedanken, welcher mit dieser übermittelt wird; denn den Willen eines Andern kann man nicht forttragen, wohl aber die von ihm verfaßte Erklärung. Thöl, Handelsrecht. 6. Auflage. 1879. S. 325, bei Anm. 6, behauptet, der vom Stellvertreter erklärte Wille sei der Wille des Vertretenen. Sehr mit Recht; denn er stellt auf den Wunsch desselben diesem eine lex contractus her, welcher letzterer sich in voraus unterworfen hat, einen innern Willen kann er ihm natürlich nicht erzeugen. Wenn daher Regelsberger (Handbuch des Handelsrechts. Bd. II. S. 398. Anm. 9) meint, daß man sich von dieser Auffassungsweise Thöl's lieber frei machen solle, so scheint er anzunehmen, daß Thöl das Wort „Wille" in dem psychologischen Sinn der Neueren nimmt, was sicherlich nicht der Fall ist. Im Sinne Thöl's verlangt das Deutsche Handelsgesetzbuch in Artikel 278 eine Auslegung des Parteiwillens, womit natürlich nur der erklärte, nicht der unerklärt gebliebene gemeint ist. Das Gesetz hebt dies nicht erst hervor, weil es eben nach dem älteren juristischen Sprachgebrauche sich von selbst verstand. Darum hat auch Arndts (§. 66. Anm. 2. Pandekten) immer mit größter Entschiedenheit daran festgehalten, daß die Bedingung den „Geschäftswillen" suspendire, damit meint er natürlich nur die bei solchen Geschäften gewöhnlich in der Erklärung als gewollt enthaltene Rechtswirkung, welche in der That durch Zufügung einer Bedingung ausnahmsweise suspendirt wird. Die Suspension der psychologischen Willensregung des Contrahenten würde eine solche Widersinnigkeit sein, daß man ihre Annahme einem so verdienten Gelehrten, wie Arndts es war, nicht hätte zutrauen sollen.

[1]) Jhering's Geist des römischen Rechts. Bd. I. 4. Aufl. S. 312 ff.

namigen philosophischen ihm geradezu undenkbar war. Der Deutsche aber ist ein geborener Metaphysiker und mit Recht stolz darauf, die ewigen und transcendentalen Dinge über die wirklichen zu stellen. Dafür muß er sich aber auch wohl hüten, daß er, wenn er sich nun doch einmal mit realen Dingen beschäftigt, sie nicht durch seine philosophischen Reminiscenzen fälsche. So erweckt das Wort „Willen" im Kopfe des Deutschen eine übermächtige Ideenassociation, eine Erinnerung an die schwierigsten philosophischen Fragen, welche es ihm fast unmöglich macht, zu glauben, die Römer könnten mit diesem Lieblingsworte der neueren Philosophie so etwas Einfaches, wie die bloße Unterwerfung unter eine lex contractus bezeichnet haben. Und so kam denn die düstere Metaphysik an einer unrichtigen Stelle in die sonnenhelle praktische Wissenschaft des täglichen Lebens. Die obige Aufklärung terminologischer Mißverständnisse war daher durchaus von dem Bestreben durchzogen, die in Folge eines zweideutigen Sprachgebrauches von den Neueren mißverstandenen nüchternen Anschauungen der Aelteren wieder zu Ehren zu bringen.

Nunmehr erst kann jene Schlußfolgerung widerlegt werden, deren Inhalt zu dem Ausgangspunkte dieses Paragraphen diente. Sie stammt von keinem Geringeren als von Bruns. Dieser bemerkt:[1]) „Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen. Sie bestehen also aus Wille und Erklärung." Dabei ist zu beachten, daß die letzterwähnte „Erklärung" nur ein abgekürzter Ausdruck für „Willenserklärung" oder „Erklärung des Willens" sein kann,

[1]) Pandektenfragmente, kleinere Schriften. Band II. Weimar. Böhlau 1882. S. 473. (Es ist dem Verfasser peinlich, hier Werke seines hochverehrten Lehrers in einer Gestalt, in welcher sie vielleicht nicht von diesem veröffentlicht worden wären, zu kritisiren. Es ist dies aber nur eine der vielen bedauernswerthen Folgen seines zu frühen Todes. Daß die geistvollen und inhaltreichen Pandektenfragmente überhaupt veröffentlicht worden sind, verdient sicherlich den größesten Dank der Juristenwelt.)

denn eine Erklärung ohne einen Inhalt kann man sich nicht denken, weil „erklären" ein transitives Verbum ist. Ist dem aber so, so ist es unmöglich anzunehmen, daß die von dem inneren Willen ausdrücklich getrennte (Willens)-Erklärung den inneren Willen auch nothwendiger Weise mit umfasse, sondern es kann unter einem erklärten Willen nicht ein Inneres, sondern nur ein äußerlich erkennbarer Gedanke gemeint sein.[1])

Hiermit fällt der vom Standpunkte der Logik gegen die verfochtene Meinung erhobene Widerspruch in sich zusammen.

Allein auch vom Standpunkte der Psychologie und von legislatorischen Gesichtspunkten aus ist gegen dieselbe Widerspruch erhoben. Dieser muß, da der Verfasser grundsätzlich seine Gegner möglichst aus ihren eigenen Prämissen bekämpft, in den nächsten beiden Paragraphen beseitigt werden, damit für die Folgerungen aus den gefundenen Quellenresultaten freie Bahn geschaffen werde.

§. 4.

Zur Grenzregulirung zwischen Jurisprudenz und Philosophie.

Wer in der Irrthumslehre gegen den Einfluß der exakten Philosophie streiten will, der muß heutzutage nicht blos eine controversia de fine beginnen, sondern geradezu sich zu einer controversia de loco aufraffen. Einem unbefugten Eindringlinge vergleichbar ist die Philosophie in unser juristisches Gebiet eingefallen und hat dort nach einem großartig angelegten und mit angestrengtester sorgfältiger Einzelarbeit durchgeführten Plane

[1]) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar 1878. S. 360. Anm. 70. Man verwechsle übrigens den juristisch wichtigen erklärten Willen nicht mit dem a. a. O. sog. „Erklärungswillen", welcher ebenso, wie der nicht erklärte Wille, ein juristisch gleichgiltiger psychologischer Vorgang ist. Vgl. auch Hölder, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18. S. 175 ff.

eine Art juristischer Zwingburg errichtet, welche alle wissenschaftlichen Fortschritte auf diesem Gebiete zu hindern wohl geeignet ist.[1]) Es handelt sich um ein kunstvolles Gebäude, um eine Reihe von Deduktionen, deren Studium einen ungewöhnlichen Aufwand an Zeit und Mühe verlangt, weil ihr Verständniß allerdings durchweg möglich, aber stellenweise fast unerschwinglich und ihre Kritik nur mit Benützung der philosophischen Grundlehren möglich ist. Eine bloße Darlegung des Umstandes, daß die Anlage des von Zitelmann entworfenen Planes verfehlt sei, wie sie wiederholt in überzeugender Weise geschehen ist,[2]) kann für sich allein nicht genügen, um der wissenschaftlichen Bedeutung des Buches gerecht zu werden. Die entscheidende Majorität des

[1]) Der Verfasser meint Zitelmann's Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879, ein Werk, das einerseits große Bewunderung und andrerseits die heftigsten Angriffe erfahren hat. Die Bewunderung vermag der Verfasser nur den im Texte angegebenen formalen Eigenschaften und der trefflichen Darstellungsgabe, welche sich in dem durchaus klaren psychologischen Theile des Werkes zeigt, zu zollen. Die heftigen Angriffe scheinen ihm aber insofern ungerechtfertigt, als an dem wissenschaftlichen Ernste des Verfassers kein Zweifel zulässig ist und als man durch animose Betheuerungen der Werthlosigkeit einer gegnerischen Argumentation sicherlich, wenn auch vielleicht ohne Grund, den Verdacht erweckt, sie entstamme dem Gefühle ihrer Unwiderleglichkeit. — Das Zitelmann'sche Buch läßt sich überhaupt nur in Verbindung mit einer eingehenden Widerlegung der herrschenden Irrthumslehre beurtheilen, deshalb mußte sich der Verfasser auch in einer augenblicklich unter der Presse befindlichen Recension desselben für die Zeitschrift für Handelsrecht auf bloße Andeutungen beschränken, und nimmt zu deren Vervollständigung nunmehr gern Anlaß. Vgl. über Zitelmann's Irrthumslehre auch Eck in v. Holtzendorff's Rechtslexikon. 3. Aufl. Bd. 2. S. 399—402.

[2]) Namentlich von Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 22 ff. Die Ausführungen Schloßmann's in Grünhut's Zeitschrift f. Civilr. und Proceß, Bd. 7. S. 543 ff., gehen m. E. darum zu weit, weil Zitelmann die Begründung seiner Deduktionsart auf eine — freilich sehr schwache — historische Basis stellt.

wissenschaftlichen Publikums geht grundsätzlich davon aus, daß man den Werth einer Methode lediglich an ihren Früchten erkennen müsse, und da Zitelmann's Endresultate in vielen Punkten zu denjenigen Sätzen führen, welche ohnehin als richtig gelten, so wird jede Anfechtung seiner Methode völlig wirkungslos bleiben, wenn sie nicht durch eine Widerlegung ihrer Resultate unterstützt ist. Und wäre sie es nicht, so würde doch der unwiderlegte nähere Inhalt des Buches auf alle Fälle eine gewisse Autorität erlangen; denn der Satz: „semper aliquid haeret" gilt nirgends so wie bei unwiderlegten wissenschaftlichen Ausführungen, namentlich solchen der Jurisprudenz, deren Sätze begierig von dem Parteiinteresse, dem es in seinen Rechtsstreitigkeiten zufällig günstig ist, aufgegriffen zu werden pflegen, mögen sie nun richtig oder falsch sein.

Gerade die große Schwierigkeit einer Widerlegung des Zitelmann'schen Buches, die Gefahr, welche eine weitere Verfolgung der in demselben eingeschlagenen Richtung der Wissenschaft und Praxis bringen würde,[1]) giebt Veranlassung, die allgemeine Grenzscheide zwischen Philosophie und Jurisprudenz, wie sie z. B. schon Puchta[2]) klar erkannt hat, auf's Neue hervorzuheben. Nur um seine Auslassungen vor böswilligen Entstellungen zu schützen, betont der Verfasser ausdrücklich, daß nach seiner Meinung eine gründliche philosophische Vorbildung die Voraussetzung auch der juristischen dogmatischen Thätigkeit ist, daß das Recht, wie alles Andere nur im Zusammenhange mit dem übrigen Weltganzen verstanden werden kann,[3]) daß endlich die sog. Philosophie der

[1]) Selbst eine der günstigsten Recensionen des Zitelmann'schen Werkes bittet den Himmel, uns vor einer psychologischen Juristenschule zu bewahren.

[2]) Lehrbuch der Institutionen. Bd. I. §. 32.

[3]) Der Jurist kann daher von der Philosophie etwa dasselbe sagen, was ein Sprichwort vom Feuer sagt, nämlich, daß sie ein guter Diener, aber ein schlechter Herr sei.

Geschichte und die Sozialwissenschaften, welche von manchen trotz ihres durch Erfahrung gewonnenen Inhaltes der Philosophie beigezählt werden, die wesentlichsten Interpretationsmittel zu der Auslegung der Quellen enthalten. Bis zu einem gewissen Grade gilt dies auch von den Sätzen der Dialektik und den Beobachtungen der Psychologie. Endlich wird die Sophisterei, wenn sie sich in die Dogmatik eingeschlichen hat, schlechterdings nur mit den Waffen exakter Logik bekämpft werden können, da die Waffen des gesunden Menschenverstandes an ihrem Panzer erfahrungsmäßig abzuprallen pflegen. Mit den angegebenen Punkten dürfte aber der berechtigte Einfluß der Philosophie auf die Jurisprudenz durchaus erschöpft sein, jede weitere Ausdehnung desselben ist schlechterdings unzulässig.

Es gilt dies zunächst von der philosophischen Grundanschauung, in deren Ausdrucks- und Gestaltungsweise die Lehren der juristischen Dogmatik einzukleiden sind. Die Erfahrung lehrt, daß die philosophische Grundauffassung nach Personen und Zeiten in mannigfaltigster Allgemeinheit abwechselt. Jeder Philosoph sucht, um das Wort eines unserer geistreichsten Schriftsteller anzuwenden, gleich einem asiatischen Sultan bei seinem Regierungsantritte seine Brüder zu vernichten. Eben in der Erkenntniß dieses Umstandes haben die Philosophen einen unmittelbaren Einfluß ihrer Sätze auf die Doktrinen praktischer Wissenschaften niemals verlangt. Darum muß auch die Jurisprudenz ein neutraler Boden sein, auf welchem die verschiedenen philosophischen Parteien Frieden halten können. Natürlich wird man auch hier die philosophische Grundansicht eines jeden zwischen den Zeilen lesen können, auf den Zeilen wird er sie möglichst verschweigen müssen. Denn unmöglich ist es, daß das für die Dauer und gleichmäßige Anwendung bestimmte Recht in seinen Grundlagen in derselben Weise hin und her schwanken kann, wie es die Philosophie thut. Unmöglich ist es ferner, die Erschei-

nungen des täglichen Lebens, namentlich die Parteiabreden, in Begriffe zusammenzuziehen, welche von ganz anderen Anschauungen aus geformt sind, als von denjenigen, welche bei den Römern das wirkliche Rechtsleben beherrscht haben, es bei uns und überall beherrschen und es wahrscheinlich stets beherrschen werden, nämlich von den Anschauungen des gesunden Menschenverstandes, des common sense, welcher die Körper sowie die Ereignisse und die Zustände, welche wir an ihnen wahrnehmen, für reale Dinge, die Vorgänge des Seelenlebens aber für etwas blos Gedachtes ansieht, welche die Grundstücke trotz ihrer Umwälzung um die Sonne für unbeweglich hält, den Begriff der Untheilbarkeit nicht auf die Atome beschränkt u. s. f., mit einem Worte: derjenigen Weltanschauung, welche die Dinge einfach nach ihrer praktischen Bedeutung ansieht und behandelt. Der Dogmatiker darf und soll sich in seinem Innern über diese Anschauung erheben, er darf und soll die so gewonnenen Anschauungen zur Berichtigung überlieferter juristischer Lehren benutzen, was er aber in dieser Weise gefunden hat, darf er niemals in seiner rein philosophischen Form in die juristische Dogmatik hineingetragen, er muß es erst einem Transsubstantiationsprocesse unterwerfen, in welchem es in die Sprache und Denkweise des Rechtslebens übertragen wird, und erst dann darf er es als eine juristische Lehre aussprechen. Thut er dies nicht, so wird er Verwirrung, ja geradezu materiellen Schaden anstiften.[1]) Die Dogmatik ist, mag sie nun wollen oder nicht, eine praktisch wirkende Wissenschaft. Wenn sie dies vielfach nach der Art des

[1]) Als ein Beweisstück für die entgegengesetzte Methode erwähne ich hier die Behauptung einiger Gelehrten, daß nach einem Causalgesetze eine Unterlassung keine positiven Wirkungen erzeugen (so zuerst Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 220), und daß also durch die unterlassene Rüge der Incompetenz ein Gericht nicht zuständig werden könne. In dieser Deduktion sind zwei Weltanschauungen durcheinander gemengt, eine rein-philosophische und die specifisch-juristische.

Vogels Strauß verkennt und die Nichtachtung dieses Umstandes sogar in sehr verkehrter Weise als einen wissenschaftlichen Idealismus preist, so schafft sie damit jene Thatsache nicht aus der Welt. Was sie ausspricht, bringt nothwendigerweise durch die Kanäle des Unterrichts und der juristischen Lektüre, in die Sitzungssäle der Gerichte, das Sprechzimmer des Advokaten und schließlich in das Verkehrsleben hinein. Tritt sie nun mit unverständlichen Doktrinen auf, welche es dem Rabulisten ermöglichen, im Trüben zu fischen, formulirt sie ihre Begriffe außerhalb des Rahmens des objektiven Rechtes, dessen Schranken innezuhalten den Richter sein Eid bindet, bildet sie endlich Dogmen aus, welche schon in ihrer Fassung den Anschluß an die Anschauungen des täglichen Lebens, welchen sie angepaßt werden sollen, verfehlen, so wird ihr von Seiten der Praxis nicht blos Gleichgültigkeit, sondern, um es gerade herauszusagen, eine unverkennbare und höchst bedauerliche Abneigung entgegengebracht werden. Ebensowenig wie es ihr frommt, sich hierüber zu täuschen, ebensowenig glaubte der Verfasser diesen nur allzu oft vertuschten Umstand hier verschweigen zu dürfen.

Muß sich also die Jurisprudenz in formeller Hinsicht von der Philosophie gänzlich unabhängig machen, so ist sie auch nach ihrem Inhalte auf ganz andere Ziele gerichtet. Eine täuschende Aehnlichkeit der juristischen und der philosophischen Methode verdunkelt diesen Umstand nur allzu oft. Jurisprudenz und Philosophie suchen beide, um mit Lotze[1]) zu reden: „Zusammengerathenes auseinanderzureißen und Zusammengehöriges zu verbinden". Beide gehen von der bunten Fülle des täglichen Lebens aus und suchen sie nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beherrschen, beide bilden Begriffe, Urtheile, Schlüsse. Man möchte daher vielleicht meinen, daß beide denselben Weg wandeln und die Philosophie blos noch weiter fortschreitet, als ihre Wegegenossin. Dies würde aber

[1]) Logik. Leipzig 1874. S. 3.

grundfalsch sein. Das Ziel der Jurisprudenz bei ihren Formulirungen ist von vornherein ein anderes, als dasjenige des Philosophen. Dieser will die gesammte Welt verstehen, jener nur denjenigen Theil derselben, welcher im objektiven Rechte von Interesse ist; ersterer steuert daher von einer humanarum atque divinarum rerum notitia auf eine humanarum atque divinarum rerum scientia, letzterer von dem gleichen Ausgangspunkte nur auf eine justi atque injusti scientia los. Der Philosoph bemüht sich die absolut gegebene Größe der Welt zu erfassen und sucht sich völlig frei und ungebunden denjenigen Standpunkt, von welchem ihm dies am besten möglich zu sein scheint. Der Jurist sucht dagegen eine Vermittelung zwischen zwei gegebenen Größen, den Erscheinungen des täglichen Lebens einerseits und dem objektiven Rechtssatze andrerseits, er muß also einen Standpunkt suchen, der ihm nach zwei Seiten einen vollen Ueberblick gewährt und ist daher in der Auswahl desselben außerordentlich beschränkt. Auch sucht er nicht blos absolute Größen, nämlich die geschichtlich gegebene Satzung und das durch Beobachtung zugängliche wirkliche Leben zu erfassen, sondern der eigentliche Beruf der Dogmatik besteht in einer Feststellung der Relationen dieser Größen unter einander, einer Ermittelung ihrer gegenseitigen Beziehungen. In diesem Arbeiten mit bloßen Relationen gegebener Größen steht er dem Mathematiker näher als dem Philosophen, gleich dem Ersteren gewinnt er Resultate, bei denen man von absoluter Richtigkeit reden kann, jedoch nur da, wo die zu vergleichenden Größen, nämlich das Recht und die von diesem in Bezug genommenen Zustände und Ereignisse des täglichen Lebens, ausnahmsweise ebenso fest sind, wie die von dem Mathematiker

[1]) Das Recht selbst kann als geschichtliche Größe nur durch eine historische, also bis zu einem gewissen Grade unexakte Methode gewonnen werden, ebenso wie das Beweismaterial des einzelnen Falles; die demnächstige Beziehung

in ihrem Größenverhältnisse beobachteten Dinge der physischen Welt. Darum sind die Beobachtungen, welche der Philosoph von seinem Standpunkte aus macht, für den Juristen als solche völlig werthlos.

Was hier von der Philosophie im Allgemeinen gesagt ist, das gilt auch von der Psychologie. Freilich ist eine Anlehnung gewisser Begriffe des Strafrechtes an die Definitionen der Psychologie ganz unerläßlich. Dies ist schon deshalb der Fall, weil unser Strafrecht sich vielfach ähnlicher Terminologieen bedient, wie die exakte Philosophie, ein Umstand, vor welchem die specifisch privatrechtlichen Begriffe in Folge einer Reception des fremden Rechtes nicht zu ihrem Schaden in weit höherem Grade verschont worden sind. Hier ist es, gerade um die Philosophie vom Rechtsgebiete fern zu halten, nöthig, genau festzustellen, wodurch sich die juristischen Begriffe der Absicht, des Vorsatzes, der Freiheit und dergl. von den entsprechenden gleichnamigen philosophischen hinsichtlich ihrer Merkmale unterscheiden.[1])

---

zwischen beiden ist dagegen eine exakte Thätigkeit. Es giebt Juristen, welche irriger Weise auch auf die Feststellung des historischen Stoffes und auf die Beweiserhebungen des Proceßverfahrens mathematische Methoden anwenden und welche andrerseits die bloßen Relationen zwischen beiden, namentlich die Rechtsbegriffe, gleich gegebenen körperlichen Größen beobachten zu können glauben oder gar die dem Rechenexempel vergleichbaren juristischen Deduktionen in phantastische Gewänder hüllen. Beides ist gleich verkehrt. Insofern liegt in den übertriebenen Ausstellungen, welche Schloßmann in seinem „Vertrage" gegen die übliche Methode richtet, ein wahrer Kern, welcher jedoch bei der völligen Verkennung der geschichtlichen Natur des Rechtes, an welcher jene Schrift leidet, sich nicht in der richtigen Fassung befindet. Vgl. auch Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877. S. 13 ff.

[1]) Daß in dieser Richtung das Bestreben Zitelmann's, in seinem Irrtum und Rechtsgeschäft eine Fühlung mit der Psychologie zu suchen, ein höchst verdienstliches war, sollte man nicht bestreiten. In ähnlicher Richtung bewegt sich neuerdings auch der recht beachtenswerthe Aufsatz von Lammasch, „Handlung und Erfolg", in Grünhut's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 9. S. 221 ff. Freilich hat man das Bedürfniß

Nur so kann der Confusion vorgebeugt werden, welche aus der Vieldeutigkeit der Terminologie entsteht. Was hier vom Strafrechte gilt, greift ohne Weiteres für das Civilrecht in denjenigen Theilen, welche von den Lehren des Strafrechtes abhängen, z. B. der Lehre von den Voraussetzungen der Deliktsansprüche, Platz. Ja selbst das muß Zitelmann zugestanden werden, daß in der Vertragslehre eine Reihe von Ausdrücken, wie Irrthum, Absicht, Beweggrund, Identität und dergl., wiederkehrt, deren specifisch-juristischer Sinn nur durch eine vergleichende Gegenüberstellung der gleichnamigen philosophischen Begriffe gewonnen werden kann.

Hätte Zitelmann blos in diesem Sinne Fühlung mit der Psychologie gesucht, so würde nichts gegen seine Ausführungen einzuwenden sein. Er beantwortet aber vom psychologischen Standpunkte aus nicht blos die Frage, was der Irrthum ist — und zwar, wie wir unten sehen werden, in einer nicht ausreichenden und vielfach unhaltbaren Weise — sondern auch die zweite Frage, welche Folgen das objektive Recht an die verschiedenen Arten des Irrthums anheftet. Damit ist der Standpunkt der historischen Schule aufgegeben und derjenige des Naturrechts von den Todten auferweckt; behauptet ja Zitelmann geradezu, daß es eine Art von Naturrecht gebe. Freilich hat Zitelmann den Naturrechtsstandpunkt nicht grundsätzlich, sondern nur thatsächlich angenommen.[1]) Grundsätzlich stützt er sich auf eine Ermächtigung zu diesem Verfahren, welches ihm in den Quellen ertheilt sein soll. Er meint die römischen Quellenstellen,

derartiger Begriffsvergleichungen schon früher erkannt und wohl niemals ganz verkannt; trotzdem war es dankenswerth sie als ein unumgängliches wissenschaftliches Postulat hinzustellen.

[1]) In seiner mehrfach citirten Abhandlung, dogmat. Jahrb. Bd. 16, S. 357 ff. auch in den letzten Theilen seines „Irrtum und Rechtsgeschäft" sucht er einen Anschluß an die Quellen zu gewinnen, freilich, wie wir sehen werden, ohne befriedigenden Erfolg.

in welchen von voluntas und consensus die Rede ist, und in welchen er diese Worte in der oben als irrig nachgewiesenen Art übersetzt. Ihre etwas summarische Betrachtung veranlaßt ihn zu der Behauptung, daß die römischen Juristen „dem Psychologen" vom Fach ebenso zu einer Entwickelung der Irrthumslehre Vollmacht ertheilt hätten, wie sie die Feststellung des Irrsinns dem Arzte überlassen haben.[1]) Mit der oben gegebenen Berichtigung der üblichen Uebersetzung von voluntas und consensus fällt die Grundlage dieser Argumentation weg. Allein, selbst wenn diese Uebersetzung richtig wäre, so bliebe doch die aus ihr hergeleitete Folgerung unhaltbar. Dem Gerichtsarzte überläßt das Recht nur die Antwort auf die Frage, ob in bestimmten Fällen ein Irrsinn vorliegt, nicht diejenige, welche rechtliche Wirkungen der Irrsinn hat, also wird es wohl auch die Lehre von den Folgen des Irrthums nicht dem Psychologen überlassen haben. Außerdem kennt die römische und die heutige Praxis zwar einen besondern Stand der Aerzte, während sie ihren Hausbedarf an juristischer Psychologie sich grundsätzlich selbst geschaffen hat und schafft. Endlich ist es vom historischen Standpunkte nicht eben sehr wahrscheinlich, daß ein Ulpianus, der Verfasser des stolzen Wortes von der vera philosophia, seine Lieblingswissenschaft von den Schwankungen eines zu seiner Zeit kaum entwickelten Zweiges der Philosophie hat abhängig machen wollen, noch überhaupt, daß Männer, welche nicht blos Juristen, sondern auch höchste Verwaltungsbeamte waren und nebenbei als Militärbefehlshaber barbarische Prätorianerhorden zu zügeln wußten, die Lösung praktisch wichtiger Fragen in die Hand des „Psychologen" von Fach gelegt haben sollten.

Ja, selbst wenn Worte wie voluntas und consensus uns berechtigten, nach dem inneren Willen, wie er einem Vertrags-

[1]) Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 18 ff.

schlusse vorhergeht, zu forschen, mit andern Worten, wenn wir an die Richtigkeit der herrschenden Meinung glauben dürften, so würde doch jene Forschung bei einer genügenden psychologischen Untersuchung zu ganz andern Ergebnissen hinführen, als Zitelmann sie erreicht hat.

Wenn die herrschende Meinung auf den Willen der Parteien ein Hauptgewicht legt, so meint sie damit, wie ja Zitelmann es auch anerkennt, nicht jene inneren Processe, innerhalb deren sich der Wille bildet, sondern dasjenige, was der contrahirenden Partei als gewollter Erfolg des Geschäfts vorschwebt, nicht also eine Beleuchtung der Art, wie der Contrahent will, sondern desjenigen, was er will. Ueber dieses „was", über den Gegenstand des Wollens, giebt die exakte Psychologie aber grundsätzlich keine Auskunft. Sie lehrt wohl, wie die Willenserzeugung entsteht und vergeht; ihre Sätze passen aber auf jeden Willensinhalt, sie stimmen zu der Seele des Edeln wie des Schlechten, des Selbstlosen wie des Eigennützigen, des Muthigen wie des Feigen in ganz gleicher Weise. Folglich können sie auch niemals mit Sicherheit feststellen, was ein Mensch bei einem Vertragsschlusse erreichen will. Es kommt eben ganz auf den Menschen an. Je nach den Empfindungen, deren Befriedigung in letzter Linie das Ziel seines Handelns ist, und deren Beschaffenheit eine individuell verschiedene ist, bestimmt sich der Inhalt ihres Wollens. Um also festzustellen, was die Partei durch den Vertragsschluß erreichen will, genügt die Beobachtung der allgemeinen Formen

[1]) Die nähere Betrachtung dieser sehr mannigfachen Gefühle nach ihren Arten, wie sie sich z. B. bei Spencer, Principien der Psychologie, Theil 2, Capitel 9, Theil 4, Capitel 8. oder bei Kirchmann, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral. Berlin 1869. S. 23—71, vorfinden, hat Zitelmann leider vermieden. Er begnügt sich mit dem bei Lotze gebräuchlichen, ziemlich farblosen Begriffe der „Unlust", um die letzte Quelle der Handlung anzudeuten (S. 91 ff).

des Wollens nicht und ist der von Zitelmann vornehmlich eingeschlagene Weg der Selbstbeobachtung völlig unzureichend; vielmehr kommt es hier auf Menschenkenntniß und Lebenserfahrung an. Es kann der Kreis der zu beobachtenden Objekte, nämlich der menschlichen Gesinnungen, aus denen Vertragsschlüsse hervorzugehen pflegen, hierbei gar nicht weit genug abgesteckt werden. Wäre Zitelmann in dieser Weise vorgegangen, so würde er gefunden haben, daß in der Seele eines Contrahenten, welcher sich vor dem Vertragsschlusse die Frage aufwirft, ob er sich die Befugniß vorbehalten solle, später ein etwa ihm unerwünschtes aus Versehen oder in Folge eines von ihm unverschuldeten Mißgeschickes gegebenes Wort zu widerrufen, also eine erweckte Hoffnung zu enttäuschen, sich der Regel nach verschiedene Empfindungen regen werden; die eine entstammt der Aussicht auf den Vortheil, welchen der Widerruf des Geschäftes bringen, oder auf den Nachtheil, welchen er abwenden würde, die andere der Rücksicht auf den kategorischen Imperativ: „Handle so, daß deine Handlung die Maxime einer allgemeinen Gesetzgebung sein kann", in Verbindung mit der Erwägung, daß die Widerruflichkeit der aus Versehen gegebenen Geschäftserklärungen die Maxime einer vernünftigen Gesetzgebung, welche Treu und Glauben, Verkehrssicherheit und Volkswohlstand zu erhalten bezweckt, nicht sein kann. Je nachdem nun der egoistische oder der sittliche Trieb in dem Menschen stärker entwickelt ist, wird er die Widerruflichkeit oder die Unwiderruflichkeit der Willenserklärung wollen. Die psychologische Untersuchung der Seele der Contrahenten würde also bei unsittlichen Beobachtungsobjekten zu der herrschenden Meinung, bei sittlichen Naturen zu der hier verfochtenen Ansicht führen.[1]) Es käme also darauf an, ob die Willens-

[1]) Der Verfasser hegt nicht den geringsten Zweifel daran, daß Zitelmann, wenn er in die Lage käme, von den Consequenzen seiner Ansicht

auslegung als Normalzustand eine sittliche oder unsittliche Gesinnung präsumirt. Ginge es hierbei schlechtweg nach der Majorität der Menschen, so würde das Ergebniß vielleicht zweifelhaft sein und man könnte dann möglicherweise den Satz vertreten, daß das Privatrecht auf den nackten Egoismus abziele, daß also immer die egoistischere Gesinnung die vom juristischen Standpunkte wahrscheinlichere oder natürlichere sei. Das mag vielleicht zu modernen Rechtsanschauungen passen, den Vorschriften des römischen Rechtes entspricht es nicht. Der Satz „quisquis praesumatur bonus“ zieht sich durch die römische Auslegungstheorie hindurch. Er erklärt sich nicht etwa daraus, daß die Römer einfältig genug gewesen wären, zu übersehen, wie wenig diese Präsumption nur allzu oft dem wahren Sachverhalte entspricht, sondern daraus, daß sie es in ihrer ars aequi et boni vermeiden wollten, die Schlechtigkeit gegenüber der Redlichkeit durch das Recht selbst zu prämiiren.[1])

Alle diese Erwägungen würden freilich immer nur dazu führen, diejenige rechtliche Wirkung des Geschäftes aufzuklären, welche der redliche Mensch unter Staatsschutz zu stellen wünscht; die Frage, ob der Staat sie auch wirklich schützt, bliebe auch hier den Quellen des positiven Rechtes zur Beantwortung überlassen.

Freilich hält die herrschende Meinung es für möglich, aus einer Aufklärung der Parteiabsicht, wie sie einem Geschäfte vor-

---

selbst ein Mal Gebrauch zu machen, dies um keinen Preis der Welt thun würde. Er würde dann dem Kaufmanne vergleichbar sein, welcher grundsätzlich seine eigene Waare verschmäht.

[1]) Die Jurisprudenz ignorirt also von ihrem praktischen Standpunkte den Satz, daß das Dichten und Trachten des menschlichen Herzens von Jugend auf böse ist, und überläßt es jedem Juristen, außerhalb seiner Berufsthätigkeit sich eine eigene Ansicht über seinen Punkt zu bilden, innerhalb des Berufs muß er aber seinen Standpunkt der Bonhomie unbedingt festhalten.

hergeht, den Willen herauszulesen, daß die Erklärung nur soweit gelten soll, als sie wirklich gewollt ist. Es läßt sich aber nachweisen, daß diese Betrachtungsart sie unter allen Umständen in einen argen Zirkelschluß verwickeln muß. Zunächst vergesse man nicht eine höchst nüchterne Wahrheit, welche zwar nicht bestritten, aber desto mehr außer Acht gelassen worden ist. Eine Parteiabsicht kann einen rechtlichen Erfolg niemals direct durch die Erklärung allein bewirken wollen.[1]) Selbst ein Laie weiß es sehr gut, daß er durch seine Erklärung nur solche rechtliche Wirkungen zu erzeugen im Stande ist, welche die Vorschrift des objectiven Rechtes an eine Handlung der beabsichtigten Art anknüpft. Nur ein Wahnsinniger kann bei seinen Verträgen die Absicht haben, daß sich an seine Handlnng auch dann eine Rechtswirkung anknüpfen soll, wenn das objective Recht es nicht will. Die Rechtswirkung ist ja eben eine Wirkung nach Maßgabe des objectiven Rechtes. Nur ist es neuerdings streitig, ob die Parteien überhaupt rechtliche Geschäftswirkungen wollen, oder ob ihre Absicht sich nur auf faktische Ziele richtet. Um nicht späteren Ausführungen vorzugreifen, wollen wir im Nachfolgenden durchweg den Fall voraussetzen, daß Juristen nach vorheriger genauer Ueberlegung der rechtlichen Wirkung eines Vertrages diesen abschließen. Erweist sich die herrschende Meinung hier als falsch, so ist sie sonst um so mehr unhaltbar. Der Geschäftswille derartiger Contrahenten geht also, insoweit er sich auf den Rechtserfolg richtet, auf folgende Ziele:[2])

---

[1]) Es ist neuerdings wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden, daß man bei seinen juristischen Ausführungen auf diese Wahrheit besser achten solle, als es gewöhnlich geschieht (vgl. Bülow im Archiv f. civilist. Praxis. Bd. 64. Abth. 5. nota 47, 51, 52). Aehnlich Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881. S. 168.

[2]) Vgl. Windscheid, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 63. S. 77.

1. Hervorrufung der Vertragserklärungen (Mittel).
2. Veranlassung des Mitcontrahenten, dem Inhalte der Abrede durch sein thatsächliches Verhalten zu entsprechen (Zweck).
3. Erzeugung derjenigen Wirkungen, welche das objective Recht an Erklärungen der gedachten Art anknüpft (ein weiterer Zweck der Erklärungen, welcher neben dem soeben genannten steht und seinerseits wieder das Mittel ist, die Aussicht auf dessen Verwirklichung zu verstärken).

Ich kaufe also z. B. etwas, um durch meine Erklärung ein Mal eine Lieferung zu veranlassen und zweitens die Sicherung ihrer Erzwingbarkeit zu erwerben. Die herrschende Meinung lehrt nun, daß nach objectivem Rechte bei Verträgen diejenige Wirkung eintreten soll, welche der Contrahent sich vorher in seinem Inneren herbeiwünscht, nicht blos diejenige, welche er als gewünscht erklärt. Wer sieht hier nicht sogleich, daß ein offenbarer circulus vitiosus vorliegt. Die Partei will diejenige Wirkung, welche das Recht will, das Recht will nach dieser Ansicht diejenige, welche dem Parteiwillen entspricht, dieser verweist wieder auf das Recht, das Recht weist auf ihn zurück und so fort in infinitum. Wer also aus einer Betrachtung des Geschäftswillens das objective Recht herauslesen will, der findet, falls er sich einen unbefangenen Contrahenten als Object seiner Betrachtung nimmt, nur ein leeres Blatt vor oder vielmehr einen Hinweis auf das objective Recht.

Wie kommt es aber, daß neuere Juristen, namentlich Zitelmann, dennoch aus der psychologischen Beobachtung der Geschäftsabsicht juristische Resultate herausfinden? Dies erklärt sich sehr einfach daraus, daß Zitelmann sich als Object seiner Betrachtung einen Menschen denkt, welcher die herrschende Meinung kennt, sie für die richtige hält, und danach seinen Geschäftswillen bildet. Ein solcher sagt sich z. B., wenn er einen Bestell-

brief an seinen Buchhändler absendet: „Ich will aus diesem Brief nur haften, wenn er nicht in einem wesentlichen Punkte mit meinem wahren Willen disharmonirt; denn nur unter dieser Voraussetzung bindet mich der Brief nach objectivem Rechte.“ Hier ist es in der That nicht schwer, den objectiven Rechtssatz, den der Contrahent früher in sein Inneres aufgenommen hat, nunmehr in demselben wiederzuentdecken; unberechtigt ist es aber, auf dieses Resultat irgend welches Gewicht zu legen. Hätte Zitelmann statt eines Anhängers seiner Ansicht sich einen seiner wissenschaftlichen Gegner zum Beobachtungsgegenstande ausersehen, so würde er gerade das Entgegengesetzte aus dessen Seele herausgelesen haben. Wenn z. B. der Verfasser einen Bestellbrief an seinen Buchhändler absendet, so ist der Inhalt seines Geschäftswillens der folgende: „Ich will aus diesem Schreiben auch dann gebunden sein, wenn es etwa wider Erwarten mit meinem inneren Willen nicht harmoniren sollte; denn das objective Recht bindet mich auch in diesem Falle.“ [1])

Hier haben wir zwei verschiedene Geschäftswillen, beide sind zweifellose psychologische Thatsachen. Welcher soll nun der richtige, der entscheidende sein?

Da nun Zitelmann ausschließlich auf sein eigenes Inneres sieht, so läuft seine Darstellung der Geschäftsabsicht des Contrahenten, welche er durch Selbstbeobachtung gewinnt, im Wesentlichen darauf hinaus, das Vorhandensein der herrschenden Meinung in seinem Innern festzustellen, ein Ergebniß, welches zwar richtig ist, aber auf anderem Wege bequemer hätte gewonnen werden können; denn, da er die herrschende Ansicht den Quellen entnommen zu haben behauptet, so war ein besonderer psycholo-

[1]) Windscheid, Archiv. Bd. 63. S. 82, meint, der Satz Bährs, daß jeder Contrahent so denken müsse, sei kühn. Es wird eben Alles davon abhängen, welcher Ansicht derselbe huldigt.

gischer Nachweis dafür, daß sie sich auch wirklich in ihm befindet, nicht nöthig, und für die Jurisprudenz hat er keinerlei Beweiskraft, weil er nur die Constatirung einer vorgefaßten Meinung ist.

Man kann übrigens noch weitergehen und Zitelmann die von ihm für maßgebend erklärte Ansicht concediren, ohne jedoch zu den von ihm aus denselben gewonnenen Ergebnissen zu gelangen. Nach Zitelmann ist die Absicht eines Geschäfts: das Begehren des unmittelbaren Erfolges der Willenserklärung (S. 497) und diese Absicht soll ihrem Inhalte nach die bei dem Rechtsgeschäfte maßgebenden Rechtswirkungen enthalten. Er nimmt dann weiterhin an, daß bei Rechtsgeschäften die auf den unmittelbaren Erfolg der Handlung gerichtete Absicht die von ihm so genannte „Geschäftsabsicht", d. i. der auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Wille, sei.[1]) Hierin stimmt Zitelmann mit vielen neueren Juristen überein, welche den „Geschäftswillen" von dem „Willen der Erklärung", d. i. der Absicht, den Geschäftsakt vorzunehmen, trennen und im ersteren das die Geschäftswirkung Bestimmende sehen.[2]) Allein diese Identificirung der unmittel-

---

[1]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 364, 371. Irrtum und Rechtsgeschäft S. 117 ff., 373 ff.

[2]) Vgl. Bruns, Pandektenfragmente. S. 474. Pernice, Zur Lehre von den Rechtsgeschäften in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 25. S. 87, spricht von einem „Wirkungswillen", Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung. Kiel 1882 (eine nur zum Theil richtige gegen Zitelmann gekehrte Ausführung, welche sich in den Quellenexegesen der herrschenden Meinung blindlings anschließt, s. S. 6) von einem „Rechtswillen" (S. 14, 19), oder einem „Realisirungswillen". Der gemeine, nicht juristische Sprachgebrauch neigt dahin, das Wort Absicht nicht auf alle bewußt gewollten, sondern blos auf die gewünschten Folgen einer Handlung einzuschränken. Nicht begründet scheinen dem Verfasser dagegen die Ausführungen Thomsen's (a. a. O. S. 14), welcher mit Unrecht bestreitet, daß die Redewendungen: „Ich will mein Haus verkaufen" und „Ich beabsichtige mein Haus zu verkaufen" durchaus gleichwerthige sind. Kohler,

baren Absicht der den Geschäftsschluß enthaltenden Handlung mit der beabsichtigten rechtlichen Wirkung derselben beruht auf einer ungenauen psychologischen Beobachtung. Sobald man sich nämlich den Seelenzustand desjenigen, welcher eine Offerte abgeben will, auseinanderbuchstabirt, wird man bemerken, daß er vor einer Handlung steht, welche eine Reihe mehrerer zeitlich einander folgender Ereignisse nach sich zu ziehen bestimmt ist.[1]) Wer eine solche Handlung vornimmt, in dessen Geiste spiegelt sich die Kette der hervorzurufenden Ereignißreihe im voraus ab, meist freilich nur in einer concentrirten Form, welche sich nur bei sehr scharfer Betrachtung in ihre einzelnen Bestandtheile auflöst. Ein jeder Urheber einer ersten Vertragserklärung (Offerte) will folgende Ereignisse hintereinander — und zwar das Spätere durch das Frühere — hervorrufen:

1. Zunächst soll eine Erklärungshandlung erfolgen.
2. Sodann soll sie zu den Wahrnehmungswerkzeugen des Mitcontrahenten hinlangen;
3. demnächst soll dieser auch seinerseits zustimmen; hierdurch sollen
4. beide Contrahenten die Möglichkeit erhalten, die Geschäftswirkung im Nothfalle vor Gericht geltend zu machen, d. h.

---

dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 336, unterscheidet 1) den auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen, 2) den auf den Geisteseffekt gerichteten Willen, 3) den auf die Communicationszeichen gerichteten Willen, und bemerkt, S. 338, der rechtsgeschichtliche Wille bestehe nur darin, daß die Erklärung gewollt sei. Siehe hierüber den Text. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm u. subj. R. S. 360.

[1]) Zitelmann nennt solche Handlungen (Irrtum, S. 115 ff.) eine „erweiterte Handlungsreihe". Der Ausdruck paßt insofern nicht, als die Handlung selbst auch hier nur eine einzige ist, nicht eine Reihe von Handlungen; was hier eine Reihe bildet, das sind die mehreren Erfolge der Handlung.

es sollen für sie Rechte und Pflichten entstehen, sich ändern oder aufhören; dies ist der Rechtserfolg;

5. endlich soll der Mitcontrahent, theils veranlaßt durch die Erklärung des Offerenten (3), theils durch die Furcht vor dem drohenden Rechtszwange (4) sich factisch so verhalten, wie er es kraft der ihm obliegenden Nothwendigkeit muß; dies ist der wirthschaftliche Erfolg, der Endzweck der Offerte, eine Veränderung oder ein Zustand innerhalb der Außenwelt. [1])

Wir sehen, daß hier in der That beides gewollt ist: Rechtserfolg und wirthschaftlicher Erfolg. Dieser ist der Zweck, jener das Mittel; [2]) beide sind nur Glieder einer Kette von Erfolgen, welche als ein einheitliches Zukunftsbild einer Reihe von Ereignissen vor der Seele dessen steht, welcher sich dazu entschließt, durch seine Erklärung einen Vertragsschluß zu veranlassen. Wollte man dieses Gesammtbild, welches den innern Willen ausmacht, etwa in seine fünf Theile zerlegen [3]) und jeden Theil mit dem Namen eines besondern Willens bezeichnen (Wille zur Erklärung, Wille zur Mittheilung der Erklärung, Wille der Antwort, Wille des Rechtserfolges, Wille der Ausführung des Geschäftes), so würde es natürlich nicht unmöglich sein, eine solche Operation durch trennendes Denken an diesem geistigen Bilde, wie an jedem andern, zu vollziehen, was aber damit gewonnen werden sollte,

---

[1]) Bei den rechtsaufhebenden Geschäften geht das Geschäft nicht darauf ein, eine solche Veränderung hervorzurufen, sondern ihre Erzwingbarkeit zu beseitigen.

[2]) Der Rechtserfolg ist also in dem Verhältnisse zu der Erklärung „Zweck" und in demjenigen zu dem wirthschaftlichen Erfolg „Mittel". Ueber den Begriff des Zweckes finden sich recht beachtenswerthe Ausführungen in Zitelmann's Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 117 ff.

[3]) Nach Analogie der herrschenden Meinung, welche den Erklärungswillen und den Geschäftswillen neben einander stellt.

würde nicht einzusehen sein. Keinenfalls aber darf man mit Zitelmann[1]) behaupten, daß der Geschäftswille des Rechtserfolges oder die Geschäftsabsicht sich auf einen unmittelbaren Erfolg der Erklärungshandlung richtet.[2]) Er steht vielmehr in der obigen Scala erst an vierter Stelle und bei schriftlichen Erklärungen würde sich zwischen eins und zwei noch ein weiterer Erfolg: „die Reise des Erklärungsbriefes von dem einen Contrahenten zu dem andern" einschieben. Bei der Acceptation ist freilich die Kette der Erfolge zwischen Erklärung und Rechtswirkung ein wenig kürzer, immer aber — selbst bei der einfachsten derjenigen Erklärungen, aus welchen Vertragswirkungen entstehen können, der Pollicitation — schiebt sich noch zwischen Erklärungshandlung und Geschäftswirkung der Erfolg einer Wahrnehmung der Erklärung durch denjenigen, an welchen sie gerichtet ist, als eine unumgängliche Voraussetzung des Rechtserfolges ein.[3])

Zitelmann übersieht also, indem er den Vorgang des Rechtsgeschäftes unter das Mikroskop philosophischer Beobachtung stellt, einige wichtige Glieder in der Kette der Ereignisse und nennt denjenigen Erfolg des Geschäftsactes einen unmittelbaren, welcher

---

[1]) Dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 378.

[2]) Thomsen scheint a. a. O. S. 14 das Unrichtige der Zitelmann'schen Deduction noch überbieten zu wollen, indem er die oberflächliche Anschauungsweise des gemeinen Lebens, nach welcher man den Rechtserfolg des Geschäftes unmittelbar will, für eine psychologisch-correcte ausgiebt. Natürlich ist die Erklärung nur ein „Secundäres", nur ein Mittel zum Zweck, also ein nach seiner Bedeutung, nicht nach der Zeitfolge Secundäres, aber kein vernünftiger Mensch kann hier, wie sonst, den Zweck ohne das unvermeidliche Mittel direct wollen, sondern was er will, ist immer: 1) Entstehung des Mittels, 2) Erzeugung des dadurch hervorgerufenen Zwecks durch das Mittel und nach dessen Entstehung.

[3]) Vgl. Kohler, dogm. Jahrb. Band 16. S. 335, 336; Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22, S. 43.

nur ein mittelbarer sein kann.[1]) Wollten wir also ihn mit seiner Behauptung, daß sich die Geschäftswirkung nach dem Inhalte der auf den unmittelbaren Erfolg der Erklärung gerichteten Absicht bestimme, beim Worte nehmen, so würden wir zu dem Ergebnisse kommen, daß nicht der wahre Wille, sondern der wahrnehmbare Inhalt der Erklärung, deren Mittheilung das unmittelbare Ziel der Erklärung ist, die Vertragswirkungen bestimmt.

Wir erkannten also die historischen Ausgangspunkte der von Zitelmann aufgestellten psychologischen Irrthumslehre als unhaltbar, den Kreis seiner Beobachtungen als außerhalb des eigentlich entscheidenden Punktes abgesteckt, das Hauptresultat seiner Untersuchung als eine petitio principii und deren Durchführung als das Ergebniß einer ungenauen psychologischen Beobachtung.

Hierdurch dürften die Resultate seiner Ausführungen, insoweit sie dem oben Dargelegten widersprechen, der Beweiskraft entkleidet sein. Die sonstigen Ergebnisse derselben sollen unten an geeigneter Stelle näher erörtert werden.

---

§. 5.

Die legislatorischen Beweismittel der herrschenden Lehre.

Die herrschende Meinung kämpft auch mit legislatorischen Hilfsmitteln, und obwohl ihr gerade hier die empfindlichsten Wunden geschlagen worden sind, so hat sie doch nicht das Feld geräumt.

---

[1]) Es ist dies darum besonders bedauerlich, weil Zitelmann an anderer Stelle den richtigen Sachverhalt ganz klar erkannt hat; denn in den dogmat. Jahrbüchern, Bd. 16. S. 363 bemerkt er ganz richtig, daß das Wollen der Erklärung ein unmittelbares, das Wollen des Erfolges ein mittelbares sei.

Ehe wir ihre Gründe näher beleuchten, muß hier das Gegentheil von demjenigen Verfahren, welches den vorigen Paragraphen einleitete, beobachtet werden. Dort war es nöthig, die philosophischen Argumente aus dem Rechtsgebiete herauszudrängen, hier müssen wir den legislatorischen einen Eingang in dasselbe, welcher ihnen neuerdings verweigert worden ist,[1]) erkämpfen.

Bekker[2]) behauptet, daß das Recht als historische Schöpfung einer Herleitung „aus Gründen" überhaupt nicht fähig sei und charakterisirt deshalb gelegentlich eine Argumentation Zitelmann's aus legislatorischen Erwägungen[3]) als eine prinzipiell „naturrechtliche".[4])

Eine Aufklärung dieses Punktes dürfte nicht überflüssig sein.

Die Naturrechtsschule ging davon aus, daß das eigentliche Recht ein einziges, einheitliches, nicht nach Zeit und Ort verschiedenes sei, daß es aus der Vernunft oder, wie andere behaupteten, aus der Zweckmäßigkeit herzuleiten sei und daß daher die positiven Satzungen nur insoweit gelten, als sie in dieser Weise erklärt werden können. Daher nannte sie diejenigen Gesetze, welche ihr nicht gefielen, nicht blos ein der Abschaffung bedürftiges Recht, sondern geradezu Unrecht.[5])

---

[1]) Veranlassung hierzu mag die von einigen Neueren grundsätzlich postulirte, jedoch zurückzuweisende Vermischung der legislatorischen und juristischen Fragen gegeben haben.

[2]) Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880. S. 14 ff. Daß dieser Bemerkung etwas Richtiges zu Grunde liegt, nämlich eine berechtigte Rüge der üblichen Confusion zwischen Grund und Zweck, ist zweifellos.

[3]) Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 237.

[4]) Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 45.

[5]) Diese Naturrechtsschule ist und bleibt todt. Der Versuch Schloßmann's, sie in seinem „Vertrage" neu zu beleben, darf um so mehr als gescheitert angesehen werden, als Schloßmann selbst in seinen neueren Schriften durchaus zu der historischen Methode zurückgekehrt ist.

Diesen Irrthum beseitigt und auf die Geschichte als die Erzeugerin und das Erklärungsmittel des Rechtes verwiesen zu haben ist das unsterbliche Verdienst von Savigny's. Wenn wir ihm aber hierin unbedingt folgen, so machen wir die Bemerkung, daß eine Menge gegenwärtiger, wie älterer Rechtssätze aus ihrem Wortlaute allein nicht verstanden werden kann. Wir müssen also ihren Sinn[1]) feststellen und hierbei verläßt uns oft die Beihilfe der historischen Rechtsquelle, wir müssen also — wohlverstanden nur zu ihrer Erläuterung — in solchen Fällen unsere Erkenntniß anderswo herleiten. Dies geschieht nun auch ganz allgemein, und nur darin besteht ein Unterschied, daß die herrschende Meinung, sobald sie tiefer eindringt, auf sog. allgemeine Rechtsprinzipien lossteuert, während Ihering neuerdings den Grundsatz proklamirt hat, daß in solchen Fällen nach dem Zwecke der historisch gegebenen Grundsätze zu sehen ist.[2]) Dieser Zweck ist nicht, wie Bekker a. a. O. (S. 17) meint, identisch mit dem historisch

---

[1]) Angesichts einer vielverbreiteten Unklarheit des gegenseitigen Verhältnisses der Begriffe „Sinn" und „Zweck" mag hervorgehoben werden, daß der unmittelbare Zweck jeder Erklärung, d. i. Mittheilung, mit der Darlegung des Sinnes identisch ist. Damit ist der Zweck der blos mittheilenden Erklärungen erschöpft. Solche Erklärungen aber, welche zu Handlungen anregen sollen, nämlich Bitten, Wünsche, Befehle, Gesetze, Vertragserklärungen, haben in den hervorzurufenden Handlungen oder Unterlassungen einen weiteren mittelbaren Zweck, welcher vom Sinne verschieden doch das hauptsächlichste Interpretationsmittel desselben ist. So mit Recht Regelsberger, Handbuch des Handelsrechts. Bd. II. S. 388. Anm. 8.

[2]) Man kann also bei der Feststellung des Sinnes der gegebenen Rechtssätze eine dialektische oder rationalistische und eine utilitarische Richtung unterscheiden. Schon Savigny neigte mit Entschiedenheit zu der letzteren hin, was ihm von den Hegelianern sehr mit Unrecht vorgeworfen ist (vgl. Lassalle, System der erworbenen Rechte. Theil I. S. 15. Anm. 2).

zu ermittelnden Grunde des Rechtsschutzes, also der Absicht des Gesetzgebers. Der Zweck des Letzteren richtet sich auf den von ihm persönlich gewollten Erfolg des Gesetzes, der Zweck des Rechts auf denjenigen thatsächlichen Erfolg, welchen diejenigen, denen das Gesetz publicirt ist, das sind die Richter und die Rechtsunterthanen, als durch einen vernünftigen Gesetzgeber gewünscht annehmen müssen; denn es ist ihnen eben mitgetheilt, damit sie es nach denjenigen Hilfsmitteln auslegen, welche ihnen allein zugänglich sein können.[1])

Diese beiden Argumentationsarten aus den Rechtsideen einerseits und aus dem Zwecke andrerseits sind übrigens grundsätzlich nicht verschieden: denn wirklich brauchbare Rechtsideen sind nur solche, welche sich schließlich als zweckmäßig erweisen, sobald man nur auch die höheren ethischen und religiösen Zwecke mit in Betracht zieht.[2]) Wenn also der Verfasser im Anschlusse an Ihering's bekanntes Werk meint, daß man den Sinn zweifelhafter Rechtssätze direct aus dem Zwecke, nicht aber aus allgemeinen Prinzipien ableiten soll,[3]) so geschieht dies hauptsächlich deshalb, weil „der gerade Weg der beste ist", also vorwiegend aus methodologischen Gründen.[4]) Auf dem Umwege, welchen die Erklärung

---

[1]) Das Gleiche gilt analog auch von dem Gewohnheitsrechte.

[2]) Sehr mit Recht bemerkt Dr. Paul Cauer, Die Entstehung der Moral. Leipzig 1881. S. 15, bei der durchaus gleichartigen Frage nach der Begründung der Moral, daß sich der Intuitionismus, d. h. das Argumentiren aus inneren Idealen, sobald man ihn psychologisch zergliedert, von selbst in den Utilitarianismus auflöst.

[3]) Wenn man also dem Zweck im Rechte die „Vernunft" im Rechte entgegengestellt hat, so läßt sich erwidern, daß Zweck und Vernunft keine Gegensätze sind.

[4]) Daß schon Plato den Zweck als den Schöpfer des Rechtes in seinem Theaetet in klarer Weise anerkannt hat, darüber vergl. Lassalle, System des erworb. Rechts. Th. I. S. 9.

des Rechtes durch ad hoc geschaffene allgemeine Rechtsideen neuerdings einzuschlagen liebt, kann man sich leicht verirren oder auf halbem Wege stehen bleiben, indem man einen allgemeineren Satz aufstellt, der selbst wieder der Erklärung bedarf.[1]) Einen festen Boden gewinnt man auch bei jeder Argumentation aus der „Vernunft" immer erst dann, wenn man sich durch die selbstgeschaffenen allgemeinen Sätze, endlich bis zu dem wirklichen, der Beobachtung zugänglichen Bedürfnisse des Einzelnen oder der Allgemeinheit durchgearbeitet, also den Zweck des Rechtssatzes gefunden hat. Da liegt es denn doch näher, direct auf dieses Ziel, d. h. den erkennbaren Zweck der Rechtssätze loszugehen,[2]) d. h. die Frage zu stellen, welche Nachtheile die Aufhebung des Rechtssatzes haben würde, und so aus dem vermuthlichen Zwecke[3]) des Rechtes zu

---

[1]) So läßt man, wenn man sagt, der Besitz erkläre sich aus der Persönlichkeit, die Frage offen, warum das Recht denn die Persönlichkeit gerade in dieser Weise schütze und wie weit. Wenn man den Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest aus der subsidiären Natur des Intestaterbrechts erklärt, so bleibt fraglich, warum denn das Recht diesem eine blos subsidiäre Natur verleihe u. s. w.

[2]) Man könnte meinen, das Argumentiren aus den Zwecken des Rechtes enthalte einen Rückfall in die alte verkehrte Meinung, daß für den Einzelnen das Sittliche das Zweckmäßigste sei. Dies würde irrig sein; denn die Zwecke des Rechts sind vornehmlich Zwecke der Allgemeinheit (vgl. Ihering, Schmoller's Jahrb. d. Gesetzgeb. Band VII. S. 4 ff.) Man halte dieses nicht etwa für Socialismus. Niemand ist vielmehr nach der Meinung des Verfassers in höherem Grade daran interessirt, daß kein Socialismus, sondern — mit unvermeidlichen Modificationen — das altbewährte Privatrechtssystem fortherrsche, als die Allgemeinheit. Sie würde bei einer Aenderung desselben noch weit mehr leiden als der Einzelne.

[3]) Die Ermittelung dieses Zweckes setzt freilich ein großes Maß von Geschichtskenntniß, Beobachtungsgabe und Lebenserfahrung voraus, welches durch Intensivität des Nachdenkens schlechterdings nicht ersetzt werden kann. — Die Annahme einer Zweckmäßigkeit des Rechts als eines menschlichen Geisteserzeugnisses ist völlig unabhängig von der teleologischen Be-

dem Sinne desſelben zu gelangen.[1]) In der vorliegenden Frage nach den Vorausſetzungen des consensus bedarf es freilich dieſes Weges nach der Meinung des Verfaſſers nicht, weil die richtig überſetzten Quellen ſchon nach ihrem Wortlaute eine genügende Auskunft geben.

---

trachtung der Natur, mit welcher ſie vielfach zuſammen vorgetragen wird. Man kann die letztere ablehnen und muß doch die erſtere zugeſtehen. — Grund und Zweck des Geſetzes ſind überhaupt keine eigentlichen Gegenſätze; denn wenn man bei Geiſtesprodukten, welche nicht als Ergebniß einer Deduction nach Art der Urtelsgründe oder Rechenexempel entſtehen, ſondern reale Ziele verfolgen, von Gründen ſpricht, ſo kann man darunter nur den Zweck oder Erwägungen, welche die Wahl des Zweckes und der Mittel rechtfertigen, meinen. Wenn man ſich einer pedantiſchen Genauigkeit befleißigen wollte, ſo dürfte man bei hiſtoriſchen Erzeugniſſen, wie es die Rechtsſätze ſind, überhaupt nicht von Gründen, ſondern müßte von Urſachen oder Zwecken reden. Allein: in verbis simus faciles. Man nennt dieſe Urſachen und Zwecke nun ein Mal Gründe und dabei mag es verbleiben. Nur muß man die Hegel'ſche Vorſtellung, nach welcher ſich die Geſchichtsereigniſſe nnd Naturerſcheinungen nicht blos beobachten, ſondern aus logiſchen Oberſätzen deduciren laſſen, aufgeben. Man weiß längſt, daß dieſe logiſchen Oberſätze immer erſt ad hoc ſo eingerichtet zu werden pflegen, daß man daraus nachher dasjenige, was man vorher ſchon wußte, herleiten kann. Derartige „Gründe" werden von der neueren Philoſophie, Geſchichtswiſſenſchaft und Naturlehre auf das Schroffſte zurückgewieſen. Auch die Jurisprudenz darf hierin nicht hinter ihrer Zeit zurückbleiben.

[1]) Für ganz unzuläſſig hält der Verfaſſer die Eintheilung der Rechtsſätze in poſitive Normen aus Zweckmäßigkeitsgründen und ſonſtige allgemeinere Rechtsvorſchriften. Alle wahren Rechtsſätze, d. h. diejenigen Sätze, welche ſich uns als Rechtsvorſchriften und nicht blos als das Reſultat einer logiſchen Deduktion aus Rechtsſätzen darſtellen (was freilich bei den Sätzen des corpus juris in ihrer überwältigenden Mehrheit der Fall iſt), ſind poſitiv und zweckmäßig zugleich. Der Satz, daß Verträge binden, iſt nicht minder poſitiv und zweckmäßig, als ſeine Ausnahmen. Man berufe ſich hiergegen nicht auf die l. 16. dig. de legibus 1, 3. Dort ſteht nur, daß, wenn erſt ein Mal eine allgemeine Regel gilt, ſpätere Ausnahmen nur aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeführt werden. So ausdrücklich l. 2. dig. de constit.

Trotzdem verdienen die legislatorischen Ausführungen der Gegner eine genauere Beachtung, weil es Unwahrscheinlichkeiten giebt, groß genug, um uns zu hindern, daß wir unsern eigenen Augen trauen. So würde auch der Verfasser glauben, bei der Lectüre des corpus juris einer Hallucination zu unterliegen, wenn das römische Vertragsrecht, welches durch eine vergleichende Jurisprudenz vieler Jahrhunderte in der Praxis erzeugt ist, wirklich etwas vom legislatorischen Standpunkte so Unbrauchbares enthielte, wie nach der Meinung der Gegner die oben als quellenmäßig verfochtene Theorie es ist. Zitelmann[1]) meint: „Dem Willen der Person will man Rechnung tragen? gut, dann soll die Rechtsfolge (innerhalb gewisser Grenzen) nur dann eintreten, wenn die Person sie begehrt.“[2])

In dieser Behauptung ist beides streitig: sowohl, ob das Vertragsrecht dem Willen der Person dient, als auch, ob die Vertragslehre der herrschenden Meinung ein zu der Erreichung dieses Zieles geeignetes Mittel darstellt. Beides ist bestritten

---

princ. 1, 4. Damit will die lex 16 citata durchaus nicht behaupten, daß nicht auch die allgemeinen Regeln auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhen. Das Gegentheil sagen ausdrücklich l. 1. §. 2. dig. de justitia et jure 1, 2. l. 13 dig. de legibus 1, 3. Vgl. auch Gellius noct. Att. XX., 1. §. 22. Die hier angefochtene Ansicht von der Zweitheilung der Rechtssätze in positive und nicht positive wird schon darum über kurz oder lang verschwinden, weil es nicht gelungen ist und nicht gelingen wird, für dieselbe einen brauchbaren Eintheilungsgrund zu entdecken.

[1]) Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 237.

[2]) Vgl. hierzu Bekker, kritische Vierteljahrsschrift. Band 22. S. 45. Bruns in den nachgelassenen Pandektenfragmenten. S. 473: „Der Wille ist die eigentliche Substanz, das, was die rechtlichen Folgen begründen soll.“ Ebenda S. 453: „Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung, der Wille unmittelbar als solcher schafft sich sein Recht und ist der Grund, warum das Gesetz rechtliche Wirkungen mit dem Geschäft verbindet.“

worden; jenes von Schloßmann,[1]) dieſes von Hartmann;[2]) erſteres mit Unrecht, dieſes mit Recht.

In der Frage, zu welchem Zwecke der Staat die Verträge ſchützt, herrſcht eine Differenz der Meinungen, welche anſcheinend tiefgreifend ſich ſofort in ein Nichts auflöſt, ſobald man nur die Frage nicht mitten aus dem Verkehrsleben heraus durch die Beobachtung einzelner Vorfälle, ſondern aus der Vogelperſpective des Geſetzgebers, welcher das geſammte Rechtsleben auf ein Mal überſchaut, anſieht.[3]) [4])

Man vergegenwärtige ſich einen hiſtoriſch ſehr wohl möglichen Urzuſtand, in welchem nur der rechtliche Beſitzſtand, nicht aber die Veräußerungs- und Verpflichtungsgeſchäfte ſtaatlich geſchützt ſind. Man wird wohl auch dort einen Verkehr finden, aber einen ſehr ſchwachen. Diejenigen Creditgeſchäfte des heutigen Verkehrslebens, welche auch heutzutage unterbleiben würden, wenn der Creditirende nicht für den Nothfall auf die Hülfe der ſtaatlichen Zwangsgewalt rechnete, würden ſicherlich dort fehlen, ja, da jener Urzuſtand nur mit einer niedrigen Culturſtufe vereinbar ſein würde, ſogar faſt alle. Die Bedürfniſſe nach Umſatz der Güter und nach dem Rechnen mit zukünftigen und fremden Waaren würden, ſoweit man ſich ihrer überhaupt bewußt werden

---

[1]) Grünhut's Zeitſchrift. Bd. 7. S. 573 ff.

[2]) Dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 73—79.

[3]) Mit Recht rügt Hofmann, Die Entſtehungsgründe der Obligationen (Wien 1874. S. 90), dieſe Betrachtungsart, doch iſt er ſelbſt nicht gänzlich frei von ihr.

[4]) Vgl. zu dem Folgenden Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft. S. 281—318; Thon, Rechtsnorm und ſubjectives Recht. 1878. S. 352 bis 374, 359, 369, 371); Pernice, Grünhut's Zeitſchrift. Band VII. S. 465—498; Schloßmann, ebenda. S. 573 ff.; Lenel, Parteiabſicht und Rechtserfolg, Jhering's Jahrbücher. XIX. S. 154 ff.; Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. XX S. 73—79.

würde, unbefriedigt bleiben, damit müßte auch das Eigenthum durch eine Einschränkung der Verwendungsmöglichkeit von geringerem Werthe, als es jetzt ist, die Herrschaftsbefugniß der Eigenthümer von geringerem Umfange, als sie es heute ist, sein.

Da nun durch eine Einführung des staatlichen Vertragsschutzes diese Uebelstände allmählich beseitigt werden würden, so müssen wir in diesem Ziele den Zweck des Vertragsschutzes sehen. Indem er einen größeren Umsatz der Waaren erst möglich macht, dient er dem Verkehrsbedürfnisse (Verkehrstheorie),[1]) indem er zwingt, das gegebene Wort zu halten, verstärkt er ein Moralgebot, welches selbst wieder in jenem Verkehrsbedürfnisse einen Grund seiner Nothwendigkeit hat (Vertrauenstheorie), zugleich sorgt er für eine Beseitigung der in Verletzung dieses Moralgebietes Einzelnen zugefügten Nachtheile (Läsionstheorie) und gewährt endlich den Eigenthümern neue Möglichkeiten und Gelegenheiten zur Ausbeutung ihrer Sachen; er steigert somit den Umfang des den Einzelnen zu einer Bethätigung ihres Willens gewährten Herrschaftskreises (Willenstheorie).[2])

Wie man mehrere Fliegen mit einer Klappe schlagen kann, so kann auch der Gesetzgeber mehrere Erfolge auf ein Mal erreichen, namentlich solche, welche so nahe bei einander liegen, wie die angegebenen. Es befriedigt also der Vertragsschutz in der That auch das Bedürfniß nach Willensbethätigung des Einzelnen, indem er den Staatsschutz im voraus zusichert. Natürlich würde

---

[1]) Vgl. Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts. §. 104.

[2]) Die Polemik Schloßmann's, Vertrag ꝛc., S. 88 ff. (vgl. auch Windscheid, Archiv für civilist. Praxis. Bd. 63. S. 77, 78), gegen das Willensdogma vom Standpunkte seiner Läsionstheorie aus erscheint hiernach unbegründet, sofern man nur das Willensdogma richtig faßt. Keinesfalls durfte Schloßmann den Läsionsstandpunkt so übertreiben, wie er es gethan, und noch weniger die Contractsansprüche im Widerspruche mit den Quellen ohne Weiteres unter die Delictsforderungen schieben.

es falsch sein, anzunehmen, daß zuerst der einzelne Wille des Contrahenten den Vertrag schließe und dann erst der Gesetzgeber denselben sanctionire, allein ein solcher der Wirklichkeit widersprechender Sachverhalt kann von keinem Gelehrten alles Ernstes angenommen worden sein, und wo sich eine derartige individualistische Darstellung des Vertragsrechtes findet,[1]) so kann sie bei einer verständigen Auslegung nur auf eine eigenthümliche Fassung des richtigen Gedankens zurückgeführt, unmöglich[2]) aber beim Worte genommen werden.[3])

---

[1]) Vergl. z. B. Bruns in den nachgelassenen Fragmenten, S. 453: „Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung, der Wille unmittelbar als solcher schafft sich sein Recht und ist der Grund, warum das Gesetz rechtliche Wirkungen mit dem Geschäft verbindet."

[2]) Stinzing bemerkt in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 23. S. 510, daß der „Glaube an die Allmacht des menschlichen Willens" höchstens der „Einfall eines querköpfigen Schriftstellers" sei und bestreitet, „daß es wirklich ein juristisches Dogma gebe oder gegeben habe, welches verkennt, daß jeder individuelle Wille nur soweit rechtliche Wirkungen hervorbringen kann, als die Rechtsordnung dies gestattet oder verfügt". Im Ganzen mag dies zugegeben werden, doch ist dies falsche „Willensdogma" nicht so völlig aus der Luft gegriffen; vergl. z. B. Cujacius' opera Neapoli 1758. tom I. pag. 916. A.: Ita nempe pacta justa aesti mari, ut juri antecellere dicantur, ut ipsis legibus et jure publico justiora esse existimentur. B. „Pactorum igitur aecquitas tanta est, ut hac sola legibus praestare dicantur." Man vergl. hiergegen §. 40 inst. de rerum divisione I, 1. mit dem römischen Satze von der Ungültigkeit des bloßen Eigenthumsüberlassungsvertrages. — Richtig faßt das Willensdogma unter anderen auch Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 399.

[3]) Aehnliche Mißverständnisse wiederholen sich bei der Definition des subjektiven Rechtes. Wenn man dies als „Willensmacht" bezeichnet, so pflegt man doch immer ausdrücklich hinzuzufügen, daß nur eine nach dem objectiven Rechte gewährte Macht ein subjectives Recht ist. Wenn Ihering, Geist. Theil III. 3. Aufl. S. 317 ff.) das subjective Recht als „durch Klagen rechtlich geschütztes Interesse" bezeichnet, wobei das Wort „Interesse" ein subjectives Begehren (nicht einen objectiven Vortheil) be-

Das richtige Willensdogma lautet also: „Der Staat schützt die Rechtsgeschäfte, damit der in ihnen ausgedrückte Wille so viel, wie möglich, verwirklicht wird.“ Darum läßt er auch die Geschäfte derjenigen Personen, deren Willensbethätigungen ihm wegen der Unfähigkeit ihres Geistesvermögens unerwünscht sind, schutzlos.[1])

Wenn man nun mit Zitelmann aus diesem Satze folgert, daß der Staat Vertragsverhandlungen, deren Inhalt von einem Theile nicht gewollt sei, nicht schützen könne, so macht man eine schlechterdings nicht schlüssige Folgerung. Aus dem Satze, daß der Staat den Privatwillen schützt, folgt nun und nimmermehr, daß er nicht gewollte Erklärungen ebenso wie andere Thatsachen nicht auch noch daneben, sofern es ihm geboten erscheint, unter Umständen mit rechtlichen Wirkungen versehen kann. Die beiden Sätze: „Der Vertragswille erzeugt gewisse Wirkungen“ und „In gewissen Fällen erzeugt auch die bloße Abrede gewisse Wirkungen“ vertragen sich vortrefflich mit einander. Das Willensdogma hat allerdings mehrfache Consequenzen, nämlich:

---

zeichnen und auch die sogenannten höheren oder idealen Interessen mitumfassen soll, so sieht der Verfasser hierin gegenüber der üblichen Definition nur eine allerdings sehr wünschenswerthe Erläuterung, nicht aber einen Widerspruch. Die Erfahrung lehrt uns nämlich, daß unser Wille von unsern (höheren und niederen) Interessen, unsern religiösen, sittlichen und wirthschaftlichen Bedürfnissen abhängt und bestimmt wird. Wenn also der Staat unsern Willen schützt, so schützt er damit nothwendiger Weise auch unsere Interessen und umgekehrt. Der Schutz des einen ohne denjenigen des andern ist undenkbar. Nur wo Bevormundungsverhältnisse vorliegen, ist die Willensbethätigung nicht in der Hand des Berechtigten. Hier kommen dessen subjective Interessen überhaupt nicht zur Geltung, sondern nur die objectiven. Es geschieht nicht, was der Berechtigte will, sondern was für ihn vortheilhaft zu seiu scheint. Im rein socialistischen Staate würde diese Ausnahme die Regel sein. Ihr Vorhandensein verträgt sich bei uns mit der Regel sehr wohl.

[1]) So mit Recht Bruns a. a. O. S. 474.

1. Ohne eine gewollte Erklärung kann keine Vertragspflicht entstehen (§. 6).
2. Es kommt nicht auf den Wortlaut der Verträge, sondern auf den Sinn an (§§. 10 ff.).
3. Mehrdeutige Verträge sind, sofern sie nicht nach einem übereinstimmenden inneren Willen ergänzt werden können, nichtig.
4. Aus der Nichtübereinstimmung des Sinnes der Vertragserklärungen (Dissensus) folgt die Nichtigkeit des Vertrages.
5. Bei einem beiderseitigen Irrthume über einen Punkt, welchen beide Parteien für eine unerläßliche Vorbedingung des Vertrages hielten, ist dieser kraftlos.[1])

Wer aber aus diesem richtigen Willensdogma auch noch folgern will, daß eine zweifellose Vertragserklärung wegen nicht erkennbarer Abweichung von dem Willen blos eines der Erklärenden immer unverbindlich ist, der hat den Sinn des richtigen Willensdogmas mißverstanden. Ja, gerade das richtig gefaßte Willensdogma läßt die herrschende Meinung als verwerflich erscheinen. Wenn wirklich der Vertragsschutz dem Privatwillen ein Feld seiner Bethätigung zusichert und schafft, so müssen ihm alle diejenigen Rechtsgrundsätze widersprechen, welche dies Gebiet einengen. Eine solche Verkümmerung dieses Gebietes ist aber in der That die Consequenz der herrschenden Meinung. Nach dieser ist es jedem Contrahenten möglich gemacht, vor dem Vertragsschlusse sich durch scheinbar unbefangene Aeußerungen gegen Dritte den Nichtigkeitsbeweis im voraus zu sichern und dann, wenn ihm das Geschäft nachträglich unvortheilhaft erscheint, schlechtweg

[1]) Daß diese Sätze sowohl aus dem Consensbegriffe als auch aus ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen folgen, wird unten erwiesen werden. Sie enthalten die Quintessenz der Irrthumslehre des Verfassers.

wegen mangelnden Willens zurückzutreten. Würde die Praxis ihnen dies gestatten,[1]) so würde der Werth des Instituts der Rechtsgeschäfte gemindert werden, und der wahre Wille von Privatpersonen aus einem doppelten Grunde in vielen Fällen nicht zur Geltung kommen, in welchem er nach der richtigen Ansicht in der That gilt: einmal in denjenigen Fällen, in welchen die Parteien ihren wahren Willen durch dolose Machinationen mit Erfolg würden ableugnen können, und zweitens in den andern Fällen, in welchen redliche Contrahenten den Abschluß eines Rechtsgeschäftes nicht mehr wagen würden, weil sie dolose Machinationen dieser Art von der Gegenseite her fürchten müßten. Die Herrschaft des Parteiwillens im Rechtsverkehr würde also sehr abgeschwächt werden. Nach der Meinung des Verfassers kann es freilich auch dahin kommen, daß in einzelnen Fällen der Parteiwille nicht zur Geltung kommt, nämlich dann, wenn ihm die Erklärung ihrem Sinne nach nicht entspricht. Allein dies würde ja auch nach der herrschenden Meinung ganz ebenso der Fall sein; sie schützt also den wirklichen Willen um nichts mehr, als die richtige Ansicht, sondern weniger. Beide weichen nur in solchen Fällen von einander ab, in welchen ein wirklicher Wille nicht vorliegt. Hier schützt die Ansicht des Verfassers wenigstens den Willen des einen Contrahenten, die herrschende Meinung aber keinen von beiden.

Mit Unrecht nennt sich daher die herrschende Meinung die Willenstheorie. Ihr wahrer Name müßte die „Mitleidstheorie" sein, denn ihr Motiv ist dasselbe Mitleid, dessen Sentimentalität in den byzantinischen Constitutionen[2]) den armen Schuldner

[1]) Darüber, daß sie es nicht thut, vgl. Bekker, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 22. S. 49—52.

[2]) Bekanntlich bestand das Hauptverdienst des Handelsgesetzbuches in einem energischen Streichen aller dieser mattherzigen Coderbestimmungen.

auf Kosten des Verkehrslebens überall bevorzugt, ihre Wirkung aber ein Schutz des Unvorsichtigen auf Kosten seines redlichen Mitcontrahenten.[1])

Endlich hat man vom legislatorischen Standpunkte mit der Waffe der Analogie gekämpft. Weil im Strafrechte[2]) die Beschaffenheit des Vorsatzes die Rechtswirkung bestimme, so werde das Gleiche auch bei den Rechtsgeschäften der Fall sein, und weil

---

Vgl. übrigens Ihering, Der Kampf um's Recht, 4. Aufl. S. 80, über „despotische Milde". — Das Mitleid ist ein Kennzeichen auch unserer modernen Jurisprudenz, wie es sich in der Strafrechtspflege namentlich zeigt, und zwar ein sehr schönes, welches wir mit der Hartherzigkeit früherer Zeiten zu vertauschen keine Veranlassung haben. Wir müssen uns aber, da wir diese unsere Schwäche nun ein Mal kennen, hüten, in dieser Hinsicht zu weit zu gehen, und namentlich darauf achten, daß wir nicht auf fremde Kosten mitleidig sind, denn die Gnade, „welche den Mord verzeiht, mordet selbst". So ist eine Begünstigung des unvorsichtigen Contrahenten auf Kosten des Vorsichtigen eine recht bedenkliche Form der Mitleidsbethätigung. — Selbst Hartmann scheint mir in seinen Concessionen an die herrschende Meinung (dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 3, 42. Anm. 27) ein wenig zu weit zu gehen. In ähnlichem Sinne äußert sich Demelius, Grünhut's Zeitschrift f. Proceß u. ö. Recht. Bd. IX. S. 322. Anm. 8. Die Ausnahmen, welche diese Schriftsteller im Interesse der Billigkeit gegenüber der Regel zulassen, sind übrigens zufolge der unten ausgeführten Lehre von der stillschweigenden Bedingung mit der Meinung des Verfassers allenfalls vereinbar, doch nur, wo sonst eine Begünstigung der Chikane vorliegen würde.

[1]) Vgl. auch Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 52. „Die Rechtsordnung dient dem Egoismus, aber nicht dem rohen ungezügelten, der zum bellum omnium contra omnes hintreibt, sondern dem vernünftigen, dem Urquell der Gesellschafts- und Staatenbildung." Aehnlich Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 2. „Wir lassen die Vorsichtigen und Besonnenen im Handel und Wandel den Schaden tragen, damit nur ja die Unvorsichtigen und Unbesonnenen, welche ihn veranlaßten, davon frei bleiben" (nämlich, wenn wir der von Hartmann angefochtenen Ansicht huldigen).

[2]) Vergl. Zitelmann in seinem Aufsatze, dogmat. Jahrb. Bd. 16. S. 357 ff.

bei Testamenten der wahre innere Wille entscheide, so müsse ein Gleiches bei Verträgen gelten. Hier übersehe man nicht, daß im Rechtsgebiete, wie überall, eine Analogie nicht bei allen Dingen möglich ist, welche irgendwie einander ähnlich sind, sondern nur da, wo die Aehnlichkeit in demjenigen Punkte liegt, auf welchen es eben ankommt. In legislatorischen Fragen[1]) wird also die Analogie zwischen zwei Gesetzesbestimmungen nur da möglich sein, wo beide gleiche Ziele verfolgen. Dies ist nun hinsichtlich der Bestrafung von Delikten und des Schutzes von Rechtsgeschäften schlechterdings nicht der Fall. Während das objektive Recht Delikte mit Wirkungen versieht, um sie zu verhindern, stattet es die Geschäfte des Verkehrs mit rechtlichen Folgen aus, um sie zu begünstigen. Die Wirkungen beider Arten von rechtlichen Acten können also schlechterdings nicht über einen Leisten geschlagen werden.[2])

Näher liegt freilich die Analogie der Testamente: Da es bei den Testamenten nicht auf den Schein ankomme, welchen die Erklärung in einer bestimmten Person erwecken mußte, sondern auf den nachweislich wahren inneren Willen des Testators, — was der Verfasser durchaus nicht bestreitet, — so müsse es bei Verträgen sich ebenso mit dem wahren Willen der Contrahenten verhalten. Hierbei vergesse man zunächst nicht, daß, wenn auch Verträge und Testamente unter den gemeinsamen Begriff des Rechtsgeschäftes fallen, sie darum allein noch nicht schlechterdings in allen Beziehungen gleichen Rechtsgrundsätzen unterliegen müssen.

---

[1]) Ulpian meint in der lex 13 dig. de legibus 1, 3: Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri. Selten ist ein Spruch so mißachtet worden, wie dieser.

[2]) Vgl. übrigens auch Zitelmann, Irrtum ꝛc. S. 461.

Es ist eben etwas anderes, ob man als souveräner Herr seines Vermögens für den Todesfall disponirt, oder ob man sich mit einem andern über eine für beide bindende Norm durch gegenseitiges Entgegenkommen einigt. Trotzdem führt aber auch hier die Analogie des Testamentes, wenn man sie richtig verwendet, zu den zutreffenden Ergebnissen. Beiden Geschäftsarten, den Testamenten und Verträgen, ist es gemeinsam, daß der gar nicht nachweisbare innere Wille sicherlich unberücksichtigt bleibt und daß es bei ihnen nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärungen ankommt, d. h. auf den Willen des Erklärenden, welchen derjenige, für welchen die Erklärung bestimmt ist, aus ihr entnehmen mußte. Der praktische Unterschied beider folgt nun lediglich daraus, daß die Testamentserklärung eine absolute, also eine an Alle gerichtete Erklärung ist, während die Vertragserklärung sich nur an eine bestimmte Person kehrt. Die erstere ist daher nicht von einem bestimmten, sondern von jedem möglichen Standpunkte aus zu interpretiren.

Ein jeder innere Wille des Testators, welcher also von Seiten irgend jemandes erkennbar oder nachweisbar ist, muß bei der Auslegung des Testaments berücksichtigt werden; denn er gehört mit zu dem Sinne der Erklärung, während bei der Vertragserklärung nur ein solcher Wille, welcher dem Mitcontrahenten erkennbar war, in dem Sinne derselben mitenthalten ist, ein diesem nicht erkennbarer aber ihrem Sinne widerspricht. So kann es also wohl bei Verträgen, nicht aber bei Testamenten dahin kommen, daß jemand an eine Erklärung gebunden ist, deren Inhalt ihm nachweislich unerwünscht war. Es ist dies aber nicht eine Sonderbestimmung für Verträge, sondern das Ergebniß einer richtigen Analogie des auch für Testamente geltenden Rechtes.[1])

[1]) A. M. Schloßmann, Vertrag. S. 93 ff., dessen Ausführungen übrigens in ihrem praktischen Ergebnisse richtig sind, so daß auf die dort

Eine weitere Verwendung der Analogie zur Unterstützung der herrschenden Lehre verdankt diese einer äußerst feinsinnigen Bemerkung von Bruns.[1]) Dieser hebt hervor, daß es sich bei der Frage nach der Gültigkeit nicht gewollter Erklärungen um zwei mit einander kämpfende legislatorische Principien handelt: um die Sicherheit des Verkehrs einerseits und die Erhaltung des Rechts der einzelnen Person andrerseits. Die römische Vindicationslehre sei aber ein Beweis dafür, daß die Römer unter Umständen das Verkehrsinteresse dem Einzelinteresse unterordneten. Und in der That ist auch in der vorliegenden Schrift angenommen, daß sie es in einigen Fällen gethan haben, in welchen das Verkehrsinteresse Gültigkeit, das Einzelinteresse aber Unwirksamkeit verlangt, nämlich bei Erklärungen Handlungsunfähiger, bei Erklärungen in bewußtlosen Zuständen und bei Erklärungsworten, die an einen Adressaten gelangen, an welchen sie nicht gerichtet sind. Daß jedoch die Rücksicht der Römer auf das Einzelinteresse soweit gegangen ist, wie es die herrschende Meinung glaubt, dafür spricht die Analogie des Vindicationsrechtes nicht. Bei diesem fiel gegen das Verkehrsinteresse das Bedürfniß des Eigenthumsschutzes in die Wagschale und ließ sie zu Gunsten des letzteren, des Hauptzieles des Privatrechts, sinken. Auch bei unserer Frage liegt das Verkehrsinteresse in der einen Wagschale, in der andern aber — Nichts, man müßte denn das oben dargelegte sentimentale Mitleid gegenüber unvorsichtigen Contrahenten mit dem staatlichen Interesse an dem Schutze des Eigenthums auf eine Linie stellen wollen.

Wir sahen also, daß alle legislatorischen Gründe der herr-

---

angezogenen Beweisstellen für die Bedeutung des wahren Willens bei einseitigen Geschäften hingewiesen werden kann, vgl. jetzt auch Hartmann dogmat. Jahrb. Bd. 20. S. 50 ff.

[1]) Pandektenfragmente. S. 475.

schenden Meinung sich bei näherer Betrachtung gegen sie selbst kehrten, können aber das Gebiet dieser Erwägungen nicht verlassen, ohne einer naheliegenden Betrachtung vorzubeugen. Man könnte meinen, die praktische Bedeutung der gegen die herrschende Meinung gerichteten Ansicht sei keine sehr große. Es handle sich ja nur um die seltenen Fälle, in denen nachweislich der innere Wille von dem Sinne abweiche, und auch hier sei die herrschende Meinung zu Concessionen bereit.[1])

[1]) Die Annahme Zitelmann's, daß der Richter den angeblichen Grundsatz des Rechtes von der Anfechtbarkeit des gegebenen Wortes in der praktischen Durchführung in sein Gegentheil verwandeln solle, ist mit Recht zurückgewiesen worden von Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 22 ff. Diese Annahme einer „doppelten Buchführung des Rechts", wie Hartmann sie nennt, d. h. der Statuirung von Rechtssätzen, die „an sich" blos in der Theorie gelten, neben abweichenden Sätzen, welche ernstlich angewendet werden sollen, beruht nach des Verfassers Meinung lediglich auf einer unangebrachten Nachahmung des Dualismus zwischen Civilrecht und prätorischem Rechte. Gegenüber dieser Behauptung des Verfassers (Zeitschrift für deutschen Civilproceß. Bd. IV. S. 418) hat Birkmeyer durch heftige, mit persönlichen Bemerkungen verstärkte Einwendungen (in derselben Zeitschrift. Band V. Heft 1. S. 124 ff.) erwiesen, daß durch sie ein wunder Punkt der neueren Dogmatik berührt worden ist. Obwohl der Verfasser weit davon entfernt ist, persönliche Empfindungen verletzen zu wollen, konnte und kann er doch diesen Punkt nicht unberührt lassen. Er sieht in jenen Deduktionen, welche nur „an sich" richtig, in Wirklichkeit aber falsch sind, eine Belastung und Trübung unserer Dogmatik. Um nicht Mißdeutungen ausgesetzt zu werden, hebt er ausdrücklich hervor, daß die Worte „an sich" durchaus nichts Unverständiges, sondern eine gute deutsche Ausdrucksform enthalten. Sie bedeuten eine besondere Betrachtungsart. Man kann nämlich alle Dinge einzeln, d. i. an sich oder im Zusammenhange mit andern betrachten. „An sich" ist also eine Abkürzung für „an sich betrachtet", und ist daher nur da möglich, wo die letzteren Worte möglich sein würden. So kann man z. B. sagen, die Tödtung eines Menschen sei an sich (betrachtet) strafbar, im Zusammenhange mit Umständen, welche sie als Nothwehr erscheinen lassen, erscheine sie aber als straflos. Man kann aber nicht sagen, daß ein Thier „an sich" ein Frosch, aber in Wahrheit eine Kröte

Sollen wir wirklich auf diesem Wege immer weiter vordringen? Und müssen wir es nicht, wenn wir an der herrschenden Meinung festhalten?

---

§. 6.

Die beiden gegenseitigen Erklärungshandlungen.

Der Verfasser mußte die Geduld des Lesers auf eine harte Probe stellen, indem er in den vorigen Paragraphen sich zunächst das Recht erkämpfte, aus dem gewonnenen Inhalte der Quellen weitere Folgerungen zu ziehen. Nun endlich kehren wir auf diesen festen Boden zurück.

Hier finden wir nun einen neuen mittelbaren Beweis für die oben dargelegte Bedeutung des Wortes consensus; denn es lassen sich aus derselben vier wichtige Vorfragen der Irrthumslehre mit Sicherheit und nach der Meinung des Verfassers auch in befriedigender Weise beantworten. Wir gewinnen nämlich folgende Sätze:

1. Jede der beiden Vertragserklärungen ist bis zu ihrem Empfange widerruflich, von da ab unwiderruflich.
2. Wer keine Vertragserklärung abgegeben hat, kann nicht aus einem Vertrage haften.
3. Die simulirten Verträge sind auch Dritten gegenüber unwirksam.
4. Von dem Irrthume aus Zerstreutheit gilt nichts anderes, als von einem Irrthume anderer Art.

Verfasser meint aber, daß er selbst bei eifrigstem Studium des Werkes nicht in diese Lage würde kommen können. Die praktisch wichtigste Unterscheidung der Irrthumsklassen hängt nämlich nach Zitelmann von den Begriffen „Individualisationsmoment der Absicht" und „Entschlußpunkt" ab. (Irrtum u. Rechtsgeschäft. S. 484, 522.)

schwer verständlicher Urtelsgründe. Der Verfasser spricht aus eigener Erfahrung.[1]) Er erinnert sich der vielfachen mühseligen Gedankenarbeit, in der er selbst, der herrschenden Doktrin getreu, in Fällen, in welchen zwei übereinstimmende Erklärungen vorlagen und somit die Giltigkeit eines Vertrages zweifellos war, sich den Kopf darüber zerbrochen hat, wie er wohl in den kunstvollsten Schlußfolgerungen den fraglichen inneren Willen sich mühselig zusammenconstruiren sollte. Hätte ihm damals jemand aus den Quellen nachgewiesen, daß diese Mühe überflüssig ist, so würde dieser nicht nur die Leichtigkeit, sondern auch die Richtigkeit seiner Arbeiten erhöht haben. Noch jetzt sieht es der Verfasser täglich auf's Neue, wie sich gerade die scharfsinnigsten Schüler der herrschenden Lehre mühen und quälen, um bei ganz einfachen Vertragsbeständen sich den zweifelhaften inneren Willen der Parteien zurechtzulegen und dabei oft auf falsche Entscheidungen, immer auf verkehrte Gesichtspunkte verfallen.

Dieses Unpraktische der herrschenden Meinung tritt nirgends so scharf hervor, wie in dem besprochenen Werke Zitelmann's, „Irrtum und Rechtsgeschäft". Mit unerbittlicher Consequenz gelangt der Verfasser aus seinen oben besprochenen Prämissen, deren Resultate die herrschenden Lehren sind, schließlich zu Ergebnissen, welche in ihrer abstracten Fassung mit dem Verkehrsbedürfnisse und dem Durchschnittsverstande des Richters und Geschäftsmannes nicht mehr vereinbar sind.[2])

---

[1]) Es entstehen dann dialektische Spielereien oder jene Ausführungen, von welchen die Mathematiker zu sagen pflegen, daß sie „nicht einmal falsch" seien, weil sie sich durch ihre Unklarheit der Kritik entziehen.

[2]) Bekker, kritische Vierteljahrsschrift. Band 22. S. 53, bemerkt zu Zitelmann's Unterscheidung der verschiedenen Irrthumsklassen nach ihrer juristischen Bedeutung: „Ich zweifle stark, daß ein Richter, der die betreffenden Abschnitte durchlesen hätte, sofort zu sagen im Stande wäre: mithin kommen alle diese Fälle zur Rechten, alle jene zur Linken." Der

den Quellen Spuren der bei uns so lebhaft erörterten Controverse über die Perfection der Verträge vorfinden müssen.[1])

Das Gleiche gilt auch von der Unwiderruflichkeit des von dem Adressaten empfangenen Vertragsanerbietens. Ein Consens, d. h. ein Zusammentreffen gegenseitiger, zusammenhängender und übereinstimmender Erklärungen, liegt auch dann vor, wenn sich zwischen die vollendete Offerte und die Acceptation ein Widerruf des Offerenten eingeschoben hat. Daß dieser die nachfolgende Acceptation im voraus entkräftet,[2]) ist weder selbstverständlich, noch irgendwo vorgeschrieben. Damit soll aber keineswegs bestritten werden, daß eine verspätete Zustimmung zu der Offerte unwirksam ist. Der Offerent bindet sich zwar für den Fall der Zustimmung von der andern Seite, aber nicht für den Fall einer Zustimmung zu jeder beliebigen Zeit. Er verlangt zwar bei formlosen Verträgen nicht eine sofortige Antwort, aber er bindet sich auch nicht für den Fall einer Antwort nach langer Frist. Sein Versprechen ist bedingt durch eine Antwort binnen eines Zeitraumes,[3]) welchen er selbst entweder in ausdrücklicher oder in stillschweigender Art bestimmt, d. i. also im Zweifel binnen einer angemessenen Frist.[4]) Wenn übrigens der Offerent bei dem

[1]) Was Kühn (dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 65 ff.) hiergegen ausführt, kann nicht als überzeugend gelten. Man vergesse nur nicht, in wie ausgedehntem Umfange die Weltstadt Rom den Geschäftsverkehr unter Abwesenden kannte.

[2]) Gewöhnlich spricht man von einer Entkräftung der Offerte. Dieser Ausdruck ist ungenau, da die Offerte für sich allein keine rechtswirksame Kraft hat, also nicht „entkräftet" werden kann.

[3]) Binnen der „Wartezeit", wie Thöl sie nennt (Handelsr. 6. Aufl. S. 744); vgl. überhaupt Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 17. S. 16 ff.

[4]) Wenn neuere Gesetzbücher diese Frist genau fixiren, so wird der Vortheil solcher Anordnung für die Rechtssicherheit durch den Nachtheil der dem richterlichen Ermessen angelegten Schranken durchaus überboten. Das Reichsoberhandelsgericht hat sich mit Recht nicht allzu strenge an

Ausbleiben der Annahme über die Annahmefrist hinaus sein Anerbieten noch ausdrücklich widerruft, so ist sein Verfahren rücksichtsvoll und darum lobenswerth, nothwendig ist es nach römischem Rechte nicht.[1])

Ob eine Offerte nur an den Adressaten selbst oder im Falle seines Todes auch an dessen Erben gerichtet sein soll, hält der Verfasser schon nach römischem Rechte für eine reine Frage der Auslegung.[2])

---

diese Schranken gehalten (Entsch. des R.-O.-H.-G. v. 18. April 1874. Bd. 13. S. 164), und in der That kann man sie höchstens als Auslegungsregeln gelten lassen. Vgl. auch Dernburg, Lehrb. des pr. Privatrechts. §. 107. Anm. 9.

[1]) Hieraus ergiebt sich, daß sich der Auslobende auch noch für den Fall einer Zustimmung nach Lösung der gestellten Aufgabe bindet. Man behauptet vielfach, die Auslobung sei den Römern unbekannt und erst aus einem unbewiesenen und nach seinem Inhalte ungewissen deutschen Gewohnheitsrechte hervorgegangen. Andrerseits bemüht man sich, vereinzelte Spuren dieses Institutes aus der Zeit des Alterthums zu sammeln (so z. B. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 17. S. 323. Anm. 1). Es kann dem gegenüber gar nicht dringend genug auf das überaus reichhaltige Material hingewiesen werden, welches in der Inaugural-Dissertation von Tschirner De indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berolini 1869, gesammelt ist und die Geltung des Institutes im Alterthume außer jeden Zweifel stellt.

[2]) Aehnlich Regelsberger, Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. S. 442. Vergl. auch Schloßmann, Der Vertrag. S. 356. Bei der in den nächsten Paragraphen geschilderten richtigen Auslegungsmethode wird man auch hier sicherlich immer zu angemessenen Ergebnissen gelangen. So meint z. B. der Verfasser, anknüpfend an ein vielerörtertes Beispiel (vgl. z. B. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 17. S. 323), daß jemand, welcher dem ersten Eroberer einer Kanone eine Belohnung öffentlich verspricht, seine Gabe für den Fall, daß der Eroberer nach geschehener That, aber vor erklärter Acceptation stirbt, auch seinen Erben anbietet. Es folgt dieser Sinn seiner Erklärung aus deren Zweck, ein Anreiz zu jener Heldenthat zu sein; denn dieses Ziel würde nicht voll erreicht werden, wenn der eroberungslustige Soldat nicht wüßte, daß die Perfektion des Vertrages durch seinen Tod nicht vereitelt werden kann. Sollte jedoch der Auslobende den in Wirklichkeit fast unerschwinglichen Beweis, daß der Verstorbene die Aus-

2. Von einem Conſenſe kann, wie die Etymologie des Wortes ergiebt, nicht die Rede ſein, wenn die bindenden Vertragserklärungen nicht von den beiden Contrahenten an einander gerichtet waren. Dieſe gegenſeitige Richtung der Vertragserklärungen auf einander iſt auch nach der herrſchenden Meinung eine Vorausſetzung des giltigen Vertrages und mit Unrecht neuerdings von Schloßmann [1]) angezweifelt worden. [2]) Ein Zuſammenkommen (convenire) der beiden Contrahenten zu einer gemeinſchaftlichen Abrede liegt dann nicht vor, wenn ich mit meiner Erklärung dem A entgegenkomme und der B, glaubend, daß er gemeint ſei, mein Entgegenkommen erwidert. Wenn ich z. B. dem Herrn Müller, Friedrichsſtraße 1 durch einen Boten eine ſchriftliche Miethsofferte machen laſſe und der Bote ſich zu Herrn Müller, Friedrichsſtraße 11 verirrt und dieſer durch denſelben Boten eine Annahmeerklärung an mich ſendet, ſo iſt in ihm wohl der irrige Glaube, daß ein Conſens entſtanden ſei, erweckt worden, trotzdem aber der Thatbeſtand eines ſolchen in keiner Weiſe vorhanden. [3])

---

lobung nicht gekannt hat, erbringen, ſo würde er nur dann haften, wenn nach Lage der Sache anzunehmen iſt, daß er für dieſen Fall die Angehörigen des Helden durch die Gabe unterſtützen wollte, alſo z. B. ſicherlich dann nicht, wenn es ſich nicht um eine Geldſumme, ſondern um einen Ehrenſäbel oder dgl. handelte. — Der übliche Ausdruck: „Paſſive Vererblichkeit der Offerte" iſt darum nicht recht paſſend, weil nur Rechte oder eine durch ein Rechtsgeſchäft geſicherte spes debitum iri in den Quellen als vererblich bezeichnet werden, nicht aber bloße Erwerbseventualitäten, wie ſie aus den Offerten hervorgehen (vgl. Regelsberger a. a. O. Anm. 34).

[1]) Der Vertrag. S. 63 ff.

[2]) So namentlich v. Savigny, Syſtem. Bd. III. S. 308. Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen. Weimar 1868. S. 4 ff. Bekker in ſeinen und Muther's Jahrbüchern. Bd. 2. S. 350. Regelsberger in dem Handbuche des Handelsrechtes. Bd. II. S. 423.

[3]) Das Anlangen einer Erklärung an eine falſche Adreſſe und das-

Die Richtung der Erklärungshandlung einer Person an eine andere werden wir aber definiren müssen als:

> die Eigenschaft einer Handlung der erstgenannten Person, vermöge deren in der zweiten Person die Annahme hervorgerufen werden mußte, daß ihr durch die erwähnte Handlung ein Gedanke des Handelnden erkennbar werden soll, [1])

oder, um es kurz zusammenzufassen:

> der für den Adressaten erkennbare Anschein einer Erklärungshandlung, daß sie ihm bestimmt sei.

Man haftet daher z. B. aus einer Erklärung auch dann, wenn man den Erklärungsbrief aus Versehen abgesandt hat und ihn nicht etwa noch rechtzeitig widerruft; denn hier muß die Erklärungshandlung dem Absender zugerechnet werden. Auch wenn ich z. B. einen Brief an Herrn Müller Friedrichsstraße 11 statt Friedrichsstraße 1 zur Post gebe, so richte ich meine Erklärung an diejenige Person, welche in der Adresse bezeichnet ist, denn nur an diese kann sie gelangen, mag ich sie nun mit einer andern verwechseln oder nicht. [2])

Aus dem soeben Ausgeführten geht übrigens auch noch weiter-

---

jenige einer falschen Erklärung an diese richtige sind zwar für den Nichtjuristen sehr ähnliche Fälle, nicht aber sind sie es nach der Vorschrift des Rechtes. A. M. Hölder, krit. Vierteljahrsschrift. XIV. S. 573.

[1]) Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen, S. 5, legt hier zuviel Gewicht auf die innere Absicht, was nach der oben dargelegten Etymologie des Wortes consensus nicht möglich ist. Nach der von Regelsberger S. 20 aufgestellten Formel für die Beurtheilung von Willenserklärungen wird er wohl in der Sache beistimmen. Nur für den Fall eines nicht auf grober Nachlässigkeit beruhenden Irrthums hält er an der hier angefochtenen Ansicht fest (vgl. jetzt auch seine Ausführungen in Endemann's Handbuch. Bd. II. S. 407. Anm. 11. S. 411).

[2]) Natürlich darf der Adressat den Erklärenden nicht beim Worte nehmen, wenn er merken mußte, daß er nicht gemeint sei.

hin hervor, daß man aus einer Unterschrift, über welche durch Fälschung eine Vertragserklärung gesetzt worden ist,[1]) nicht haftet.

Neuere Schriftsteller meinen freilich, daß redliche Dritte sich dann auch auf den bloßen Schein einer Erklärung berufen dürfen, wenn sie auf dessen Echtheit zu vertrauen Veranlassung hatten.[2]) Diese Ansicht wird vermuthlich auch den oben erwähnten Fall einer Abweichung der richtig abgeschickten Erklärung an eine falsche Adresse anders beurtheilen müssen, als dies geschehen ist. Man führt für diese Ansicht das Verkehrsinteresse in das Feld. In der That ist es namentlich für Personen, welche regelmäßig von einer bestimmten Seite her Vertragserklärungen erhalten, eine nicht unbedeutende Gefahr, daß eine äußerlich fehlerlose gefälschte Vertragsofferte sich nachträglich nicht als bindend erweist, nachdem sie durch eine Verirrung des Boten oder die Fälschung einer Urkunde eine Hoffnung erweckt hat, welche ihr Urheber nicht beabsichtigte. Allein dieser Grund für die angegebene Ansicht ist ein lediglich legislatorischer. Unser positives Recht verlangt zwei Erklärungshandlungen (sententiae),[3]) läßt also bei der Abwägung

---

[1]) Der Verfasser hält dies auch für das Wechselrecht für richtig; ja er meint sogar, daß nach dem bestehenden Rechte selbst ein echter Wechsel, der ohne Verpflichtungsabsicht z. B. zu Unterrichtszwecken ausgestellt, demnächst entwendet und schließlich weiterbegeben worden ist, diesen nicht haftbar macht. So mit Recht Windscheid, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 63. S. 80. Eine ganz andere Frage ist es, ob vielleicht die Gesetzgebung Veranlassung habe, im Verkehrsinteresse für Wechsel eine Ausnahmebestimmung zu erlassen.

[2]) In dem Wechselrechte ist dieses sogar die herrschende Praxis; vgl. Bähr in den dogm. Jahrb. Bd. XIV. S. 413 ff. Dieser behauptet, daß der Aussteller eines wider seinen Willen in Curs gelangten Wechsels dem gutgläubigen Indossator hafte. Mit Recht fragt Windscheid, Bd. 63. S. 80, warum dann nicht das Gleiche auch von dem Träger eines durch Fälschung auf einen Wechsel gesetzten Namens gelte; vergl. auch daselbst S. 81 einen Bähr nachgewiesenen Widerspruch. Richtig auch Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 56.

[3]) Vgl. auch Windscheid, Archiv f. c. Pr. Bd. 63. S. 79.

des Interesses des individuellen Schutzes gegen dasjenige des Verkehrs die Wage zu Gunsten des ersteren sinken und trifft damit bei der unvermeidlichen Wahl zwischen zwei Uebeln eine weise Entscheidung; denn die Gefahr, durch äußerlich tadellose Vertragsanerbietungen getäuscht zu werden, ist schließlich doch geringer, als die andere, unsere Unterschrift zu Fälschungen mißbraucht zu sehen oder durch das Versehen eines Boten Schaden zu leiden.[1])

3. Ein simulirter Vertrag ist nach der Definition des Consenses nur ein solcher, bei welchem die Simulation aus dem Sinne der beiden Erklärungen hervorleuchtet. Daß solche Verträge obligatorischer Natur unter den Betheiligten unverbindlich sind, bedarf keines Beweises.[2]) Streitig ist das Gleiche hinsichtlich ihrer Wirkung gegen redliche dritte Cessionare und ebenso hinsichtlich der Rechte redlicher Dritter bei simulirten Verträgen mit dinglicher Wirkung, namentlich bei Traditionen.[3]) Wir werden hier zwei Gruppen dinglicher Verträge zu unterscheiden haben. Es giebt im neueren Rechte Verträge, welche, um für Dritte erkennbar zu sein, an eine gewisse Form gebunden sind. Hier kann

---

[1]) Vgl. die durchaus überzeugenden Bemerkungen von Windscheid a. a. O. S. 87 ff. und Bruns, Pandektenfragmente S. 475 unten. Der neuerdings so sehr in den Vordergrund gedrängte Schutz des „redlichen Dritten" kann, wenn man ihn übertreibt, leicht dazu führen, die Unvorsichtigkeit und Unredlichkeit zu befördern. In Wirklichkeit ist der redliche Dritte oft nichts anderes, als ein Unredlicher, welchem seine mala fides nicht nachgewiesen werden kann.

[2]) Vgl. l. 55 dig. de contr. emtr. 18, 1. l. 54 de obl. et. act. 44, 7. cst. 1. 2. 4. Cod. plus valere quod agitur 4, 22. c. 20. Cod. de don. inter vir. et ux. 5, 16. c. 5. Cod. si quis alteri 4, 50 (und zu der letzten Stelle Kohler in den dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 131).

[3]) Vgl. Kohler in den dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 91—158. S. 325 bis 356.

eine Simulation unter den Parteien die Geschäftswirkung schlechterdings nicht zum Nachtheile Dritter ausschließen, weil dies dem Zwecke und folglich dem Sinne der solche Einrichtungen anordnenden Rechtssätze widersprechen würde.[1]) Man könnte nun fragen, ob vielleicht auch die römische Eigenthumsübertragung wegen des Erfordernisses des Besitzüberganges zu diesen Formalakten zu rechnen ist.[2]) Dies wird man verneinen müssen. Wir müssen vielmehr annehmen, daß bei allen andren Verträgen mit dinglicher Wirkung, namentlich auch bei Traditionen, das simulirte Geschäft auch Dritten gegenüber nichtig ist, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, welche ihm, wenigstens nach prätorischem Rechte, eine Wirksamkeit sichern. Dies zeigt sich namentlich bei den simulirten Geschäften nicht betrügerischer Art. Ein solches würde z. B. vorliegen, wenn bei einer Theateraufführung ein Schauspieler dem andern einen Gegenstand, z. B. seine Uhr, zum Scheine, der Rolle entsprechend, mit der Aeußerung, dem Empfänger ein Geschenk machen zu wollen, übergeben und dieser das Gegebene angenommen hätte.[3]) Würde dann der Empfänger diese Uhr dem gutgläubigen Theater-Restaurateur etwa für eine Schuld aus genossenen Getränken verpfänden, so würde der Letztere die-

[1]) Vergl. hierüber Kohler a. a. O. S. 126. Hierher gehören die Eintragung eines Erbverzichtes in ein Offenkundigkeitsbuch nach französischem Rechte, die simulirte Eheschließung vor einem Standesbeamten, auch die simulirte Auflassung nach dem Grundbuchrechte. Vgl. das Urtel des Ober-Appellationsgerichtes in Berlin in Seuffert's Archiv. Bd. XXVI, 21. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. XVI. S. 129.

[2]) Den Beweis hierfür und für das eigentliche legislatorische Ziel des Traditionserfordernisses hat der Verfasser in Rassow's und Künzel's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechtes, Band 25. S. 200 ff., zu führen gesucht und verweist darauf, um Wiederholungen zu vermeiden.

[3]) Dies würde z. B. eine Simulation ohne culpa sein, wie sie Kohler a. a. O., S. 128. Anm. 2, und Hartmann a. a. O., S. 9, mit Recht für möglich halten (vergl. l. 1. §. 2 dig de dolo malo 4. 3).

ſelbe nach römiſchem Rechte ohne weiteres dem Scheintradenten als eine unterſchlagene Sache herausgeben müſſen. Gegen den Nachtheil, in dieſe Lage zu kommen, ſchützt ihn nur das Strafrecht. Er darf auch nicht etwa dem Scheintradenten den Einwand, daß dieſer durch ſein Verhalten die Verpfändung ermöglicht habe, als exceptio doli entgegenſtellen; denn niemand braucht ohne weiteres eine Unterſchlagung als wahrſcheinlich vorherzuſehen; ſonſt würde man überhaupt nur höchſt ſelten in der Lage ſein können, ſeine Sache einem Andern ohne Gefahr zum Gewahrſam zu überlaſſen.

Was hier von den ſimulirten Traditionen hinſichtlich des dritten Erwerbers geſagt worden iſt, dies muß auch zu Ungunſten dritter Ceſſionare gelten, welche ihr Recht von dem Scheinerwerber aus einem ſimulirten Verſprechen oder einem ſimulirten Ceſſionsakte herleiten. Steckt in der Simulation ſelbſt keine Betrügerei, ſo kann der Scheinerwerber unmöglich durch die Ceſſion der ihm ſcheinbar gehörenden Forderung Rechte begründen; denn nur von ſolchen Perſonen kann man ſich Vertragsforderungen cediren laſſen, welche ſolche aus einem Vertrage erworben haben.[1])

Anders verhält es ſich freilich nach der Sondervorſchrift des

---

[1]) Damit will der Verfaſſer nicht beſtreiten, daß der debitor cessus an einen Scheinceſſionar des Gläubigers und an ſeine Nachfolger — ebenſo wie an den Ueberbringer einer echten, wenn auch vielleicht entwendeten Quittung — mit voller Wirkung zahlen kann. (So mit Recht ein Urtel des Bundesoberhandelsgerichtes vom 30. Decbr. 1870, welches bei Stegemann, Die Rechtſprechung des Deutſchen Oberhandelsgerichtes, Band I. S. 111, mitgetheilt iſt.) Der Verfaſſer beurtheilt alſo den bloßen Schein einer Ceſſion dann anders, wenn es ſich um die Lage eines dritten redlichen Erwerbers der Forderung, als wenn es ſich um diejenige des redlichen debitor cessus handelt, zwei Fälle, welche gleichgeſtellt zu werden pflegen (vgl. z. B. Bähr in Ihering's dogmatiſchen Jahrbüchern. Bd. 14. S. 413 ff. und Windſcheid im Archiv f. civil. Praxis,

Artikels 82 der Deutschen Wechselordnung bei dem redlichen Nachindossatar des Erwerbers aus einem Scheinindossamente.[1])

Es war bisher nur von redlichen Simulationen die Rede, etwas anders ist die Lage des redlichen Dritten bei Geschäften, welche nicht blos simulirte, sondern auch betrügerische sind.[2]) Dies

---

Bd. 63. S. 80). Man halte dies nicht etwa für eine Inconsequenz. Der Unterschied folgt daraus, daß ein Contractsgläubiger oder ein Cessionar ihre Rechte nur auf gültige Verträge stützen können, nicht aber ebenso der Schuldner seine Aussicht auf Befreiung durch Zahlung; denn die Zahlung enthält zwar der Regel nach einen Vertrag mit dem wahren Gläubiger, braucht aber einen solchen nicht zu enthalten; nirgends ist dies als ihr Requisit aufgestellt. Die Erfordernisse einer gültigen Zahlung sind also nach besondern Grundsätzen zu beurtheilen. — Wenn der Schuldner dagegen merkt, daß der Scheincessionar den Scheincedenten betrügen will, so darf er die Einrede der Simulation machen. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 132, hält es mit Recht für selbstverständlich, daß sich Dritte zu ihren Gunsten auf die Simulation berufen können. Die Veranlassung des Schuldners zu dieser Einrede wird sogar der Regel nach das einzige Schutzmittel des Scheincedenten gegen den Scheincessionar, welcher mit dem eingetriebenen Gelde sich zu entfernen beabsichtigt, sein. Der Verfasser meint sogar, daß der Schuldner in solchem Falle, falls der Scheincedent ihn für etwa entstehende Proceßkosten schadlos hält, auf dessen Ansuchen die Einrede der Simulation erheben muß. — Etwas abweichend das oben angezogene Urtheil des Bundesoberhandelsgerichts. Was von der entwendeten Quittung gesagt ist, gilt übrigens nicht ohne Weiteres von einem dem Gläubiger gestohlenen und dem Schuldner wiedergegebenen Schuldschein; arg. c. 15. Cod. de solutionibus 8, 42 (43). Der Besitz eines solchen durch einen Dritten berechtigt den Schuldner nicht ohne weiteres zu der Annahme, daß dieser zu dem Schulderlasse bevollmächtigt sei.

[1]) Bei diesem kann der Indossant durch einen Uebertragungsact für einen redlichen Erwerber mehr Recht erzeugen, als er selbst hat. So muß man seine Befugniß in correcter Sprache formuliren, denn von der Regel: Nemo plus juris transferre potest, quam ipse haberet kann es eine wirkliche Ausnahme nicht geben. Wenn man von einer solchen spricht, so verwechselt man das „Uebertragen“ und das „Erzeugen“ von Rechten. Vergl. Carlin, Niemand kann mehr Recht übertragen als er selbst hat, 1881.

[2]) Man übersehe nicht, daß simulirte und betrügerische Geschäfte

ist z. B. dann zweifellos, wenn A dem B in einem simulirten Kaufe eine Sache überläßt, damit dieser sie an C verkaufe und A sie demnächst wieder abfordern könne. Es giebt aber auch andere Fälle, in denen wir das Gleiche annehmen müssen, auch wenn der A in dem Augenblicke des Geschäfts die dem C drohende Schädigung nicht geradezu gewünscht hat, aber doch als ein nach dem natürlichen Laufe der Dinge zu erwartendes Ereigniß ansehen mußte, ja sogar, wenn er den Erwerb dieses C nur durch sein schuldhaftes Verhalten mitverursacht hat. Es ist nämlich zu wiederholten Malen vorgekommen, daß der Scheinerwerber aus einer betrügerischen und simulirten Eigenthumsübertragung die ihm zugedachte Rolle eines Eigenthümers zu einer dolosen Veräußerung des ihm anvertrauten Gegenstandes an einen gutgläubigen Dritten gemißbraucht hat. So hatte z. B. eine Mutter im Einverständnisse mit ihrem Sohne das simulirte Versprechen einer Mitgift abgegeben, um diesem in betrüglicher Weise seine Verheirathung zu erleichtern. Der Sohn cedirte diese Scheinforderung an seine gutgläubige Frau und diese gewann, gegen die Mutter aus dem Versprechen klagend, den Prozeß.[1]) Die Richtigkeit des in dieser Entscheidung anerkannten Grundsatzes ist

---

zweierlei sind, sie können zusammenfallen, brauchen es aber nicht. So treten z. B. für die betrüglichen, aber nicht simulirten Veräußerungen zum Nachtheile der Gläubiger nur die besondern für alle Veräußerungen dieser Art bestimmten Rechtsmittel, für betrügliche Simulationen neben diesen auch die Klagen aus der Nichtigkeit des Geschäftes ein.

[1]) So berichtet Glück in seinem Pandektencommentar, Bd. 4. S. 185, aus Leyser's meditat. ad. Pand. spec. XLII. med. 5, indem er diese Entscheidung billigt. — Mit Recht tadelte Dernburg in der ersten Auflage seines Lehrbuches, Bd. I. Halle 1875. §. 104. Anm. 7, die Schweigsamkeit der neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller hinsichtlich dieser praktisch wichtigen Frage.

namentlich in Dernburg[1]) ausgesprochen und von Kohler a. a. O. und Hartmann näher ausgeführt worden.[2]) Eine Wirksamkeit solcher Geschäfte gegen Dritte folgt hier jedoch nicht aus ihrer Beschaffenheit allein.[3]) Das simulirte Geschäft ist durchaus unwirksam; man kann auch nicht correcter Weise behaupten, daß es zu Gunsten eines bei demselben unbetheiligten Dritten wirksam sei. Trotzdem ist jene Entscheidung richtig und ihr Sinn geht dahin, daß der Dritte trotz der Nichtigkeit des simulirten Geschäftes einen Erwerb macht, welcher nach den prätorischen Grundsätzen über den dolus gesichert ist. Man möchte vielleicht erwidern, von einem dolus des ersten Veräußerers könne hier darum nicht die Rede sein, weil er dies vertragswidrige Geschäft mit dem Dritten nicht gewünscht, ja nicht einmal gewollt, sondern nur mittelbar durch sein schuldhaftes Verhalten verursacht habe.[4]) Allein der dolus des ersten Veräußerers zeigt sich nicht in der Thatsache jenes zweiten Geschäftes, an dem er unbetheiligt ist, sondern darin, daß er noch später die Wirkungen eines Aktes aufrufen will, welchen er durch seinen Verstoß gegen das Sittengebot der fides überhaupt nur

[1]) Lehrb. d. preuß. Privatrechts, Bd. I. §. 104. Anm. 7. 1. Aufl. 1875.

[2]) Dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 4 ff. Es hatte jemand sein Grundstück an einen Freund zum Scheine für eine bedeutende Summe veräußert, um es bei einer bevorstehenden Expropriation durch dessen Vermittelung zu einem möglichst großen Preise zu verwerthen. Der „Freund" hatte es doloser Weise an einen Dritten verpfändet. Vgl. ähnliche Fälle aus der französischen Praxis ebenda S. 6 und 7.

[3]) Gegen eine Spaltung des Geschäftes in seine Beziehung zu dem Mitcontrahenten einer- und zu dem Dritten andrerseits vgl. Hartmann, dogmat. Jahrb. Bd. 20. S. 7. Vergl. auch Laurent, principes de droit civil. S. 194, welcher dort citirt ist.

[4]) Man verwechsle überhaupt nicht „wünschen" und „wollen". Man will manches Unerwünschte, indem man in einen sauern Apfel beißt, weil es nicht anders geht. So hat das Deutsche Volk, nicht blos der Juristenstand, die Aufnahme des römischen Rechtes als ein unvermeidliches Uebel gewollt, ist aber schließlich dabei recht gut gefahren.

möglich gemacht hat.[1]) Sein Verstoß richtete sich allerdings nicht direct gegen denjenigen redlichen Dritten, welcher die Sache oder die Forderung wider Erwarten erhalten hat, sondern gegen einen anderen. Gleichviel: die Sittlichkeit einer Handlung ist keine relative, sondern eine absolute Eigenschaft derselben.[2]) Nun ist es in der That dolus, an derselben Gerichtsstätte, welche ein Tempel der bona fides sein soll, zu der Begründung eines Anspruches die eigene Treulosigkeit darzulegen. Darum wird der erste Veräußerer aus einer betrügerischen Scheintradition dann durch eine exceptio doli ausgeschlossen und der redliche Erwerber befindet sich also in der Lage eines Besitzers, welcher durch exceptio rei venditae et traditae[3]) geschützt ist, einer Lage, welcher derjenigen des Eigenthümers fast gleich ist und nur aus historischen Gründen, nämlich aus einem Versehen der Compilatoren, in den Quellen nicht als Eigenthum auftritt.[4]) Es war nämlich allem Anscheine nach der Besitz mit exceptio rei venditae et traditae die typische Form für das prätorische Eigenthum[5]) und nur aus Versehen können einzelne Fälle dieser Form bei der Verschmelzung jener Eigenthumsart mit dem civilen Eigenthume unberührt geblieben sein. Was hier von dem Eigenthumserwerbe des redlichen Dritten

---

[1]) Vgl. l. 2. §. 5. dig. de dolo mali exc. 44, 4: attamen nunc petendo facit dolose.

[2]) l. 2. §. 2. dig. de doli exc. 44, 4: plane ex persona ejus qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio.

[3]) Diese wird bekanntlich oft, z. B. in der l. 49 dig. mand. 17, 1. exceptio doli genannt. Daß der redliche Dritte aus einem Indossamente seitens eines Indossanten, welcher seinerseits nur ein betrüglicher Scheinindossatar ist, Wechselforderungen erwirbt, folgt aus Artikel 82 der Wechselordnung. Vgl. über betrügliche Indossatare Kohler a. a. O. S. 150.

[4]) Der Verfasser verweist hierüber auf seine Ausführungen in den dogm. Jahrb. Bd. 17. S. 183 ff. Zustimmend Demelius, in Grünhut's Zeitschrift. Bd. IX. S. 3.

[5]) arg. l. 4 §. 32 dig. de doli mali except. 44, 4 verbis: quem in bonis non haberet.

gesagt ist, muß auch von dem Servituterwerbe eines solchen gelten, nur werden wir hier dem redlichen Dritten eine bloße quasi traditio mit exceptio rei venditae et quasi traditae zusprechen müssen.

Man glaube übrigens nicht, daß mit der Annahme dieser exceptiones doli der Boden des positiven Rechts verlassen wird. Der römische judex war bei den negotiae bonae fidei, deren Theorie heutzutage für alle nicht-formalen Geschäfte gilt, in jedem einzelnen Falle grundsätzlich autorisirt ex fide bona zu urteilen. Die Regeln, welche er kraft dieser Anweisung dauernd anwandte, sind uns in den Quellen mitgetheilt. Als der Formularprozeß wegfiel, blieben sie in Geltung; denn ihre formale Quelle war nur ihre Entstehungsform, welche von ihrem materiellen Inhalte überdauert wurde. Auch nach der Zeit des Formularprozesses mußte ex fide bona geurteilt werden. Sie sind also in das jetzt in den gemeinrechtlichen Landen geltende Recht mit recipirt. Nun bezeugen uns die Quellen ausdrücklich, daß, wo wir einer Person die Veräußerung einer Sache als einen bewußt gewollten oder durch eine dolose Handlung verursachten Erfolg zurechnen müssen, diese daran gebunden ist, und zwar bezeugen sie es uns in Beispielen, welche nicht als Singularitäten, sondern durchaus als Anwendungen dieser allgemeinen Regel auftreten.[1]) Wenden wir diese letztere an, so gehen wir nicht über das positive Recht hinaus.[2]) Die Nichtachtung jenes Grundsatzes des prätorischen Rechtes würde vielmehr quellenwidrig sein.

Daß der Schutz der redlichen Dritten, welche von dem Er-

---

[1]) l. 25 dig. de donat. 39, 5; Kohler a. a. O. Bd. XVI. S. 133). l. 49 dig. mand. 17, 1. l. 4. §. 1. l. 8. §. 6. u. 7. l. 10 quib. mod. pign. 20, 6. c. 2 und 11. §. 2. Cod. de remiss. pign. VIII., 25 (26). Vergl. auch die exceptio doli in der bekannten lex 18 dig. de rebus cred. 12, 1.

[2]) Wie Kohler, Bd. 16. S. 135, anzunehmen scheint. Vgl. denselben S. 130: „M. E. hat die Wissenschaft auch ohne besondern gesetzlichen An-

werber aus dem ſimulirten Vertrage ihr Recht herleiten, eine ſpeciell prätoriſche Rechtsſchöpfung iſt, erſehen wir daraus, daß ihre unvollkommene Verwirklichung durch den Schutz des Beſitzes nebſt einer exceptio doli da, wo der Prätor völlig freie Hand hatte, einem vollkommenen Rechtserwerbe weicht. Dies folgt aus der c. 2. si aliena res 8, 15. (16) (Severus et Antoninus):

> Si probaveris praesidi hortos de quibus agebatur tuos esse, intellegis obligari eos creditori alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris dissimulasti.

Auch bei den dem neueren römiſchen Rechte angehörigen Inſtituten der Superficies und der Emphyteuſis wird das Gleiche anzunehmen ſein, wie bei dem Pfandrechte.

Was den Erwerb redlicher Ceſſionare, welche ihr Recht von dem Scheinerwerber aus einem betrüglichen und ſimulirten Vertrage herleiten, betrifft, ſo können dieſelben freilich keinen Beſitz mit exceptio doli haben, da Forderungen nicht beſitzbar ſind. Trotzdem werden wir auch ihnen dieſe Einrede dann nicht verſagen können, wenn der Mitcontrahent ihres Scheinceſſionars auf Anerkennung des Nichtbeſtehens der von ihnen erworbenen Forderung[1]) und auf Aushändigung des Schuldbokumentes klagt.[2])

ſtoß den zunächſt in einzelnen Anwendungsfällen zu Tage tretenden Rechtsgedanken voll und klar auszuſprechen und überall da zur Geltung zu bringen, wo das Rechtsleben ihm Gelegenheit zur Entfaltung bietet", wobei er die Sondervorſchriften für Grundbuchrecht und Ehevertrag verallgemeinern will. In dieſer letzteren Weiſe darf die Wiſſenſchaft aber neue Sondervorſchriften nicht ohne weiteres zu Regeln machen, während ſie allerdings da, wo die Quellen bloße Anwendungen von Rechtsſätzen ausſprechen, dieſe ſelbſt als die allgemeinen Gründe dieſer Entſcheidungen durch eine möglichſt exacte Deduction zu gewinnen ſuchen muß.

[1]) §. 231 der Reichscivilproceßordnung ſtellt die Möglichkeit einer ſolchen Klage außer Zweifel.

[2]) Gegenüber dem debitor cessus kann natürlich der redliche Erwerber

Das Ergebniß des Vorigen ist also: Das simulirte Geschäft ist unbedingt nichtig. Der redliche Dritte, welcher von dem Scheinerwerber ein Recht herleitet, dessen Bestand von der Gültigkeit des simulirten Geschäftes abhängt, wird, falls dieses letztere ein betrügerisches war, nach prätorischem Rechte so geschützt, als wenn es gültig gewesen wäre.[1])

4. Unsere Quellen lassen keinen Zweifel darüber, daß nur solche Handlungen als Verträge gelten können, welche von handlungsfähigen Personen im Zustande des Bewußtseins abgegeben worden sind.

Unter dem Bewußtsein (animus oder mens)[2]) versteht man die Fähigkeit des Menschen, Wahrnehmungen in sich aufzunehmen, Vorstellungen aus der Erinnerung hervorzuholen, dieselben zu verbinden, zu trennen und in Beziehung zu setzen.

---

aus der betrüglichen Scheincession nicht schlechter gestellt sein, als es nach den obigen Ausführungen der Erwerber aus einer redlichen war. Ihm gegenüber wird sogar die Einrede der Simulation unbedingt zu versagen sein. Zahlt der debitor cessus an den wahren Gläubiger, so bleibt dem redlichen Nachfolger des betrüglichen Scheincessionars gegen den betrüglichen Scheincedenten höchstens eine actio doli (so mit Recht Ihering in den dogm. Jahrbüchern. Bd. IV. S. 74. Kohler ebenda. Bd. XVI. S. 130. Dernburg, preuß. Privatrecht. §. 104. Nr. 7), jedoch nur dann, wenn er nachweisen kann, daß der Scheincedent die weitere Cession der Forderung an ihn vorhersehen mußte. Man wird dies übrigens präsumiren dürfen; denn, wer sich mit einem anderen vereinigt, um einen Dritten zu betrügen, muß es als wahrscheinlich erwarten, daß sein Genosse auch ihn betrügen werde.

[1]) Natürlich schützt der Prätor den Dritten nur so weit, als er es kann, d. h. er gewährt ihm nicht Eigenthum, sondern nur Besitz mit exceptio rei venditae et traditae. Das Reichscivilgesetzbuch wird hoffentlich diese Besonderheit streichen und dem Dritten ebenso volles Eigenthum gewähren, wie schon das römische Recht ihm volles Pfandrecht gab.

[2]) Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 65—79.

Von einer Bewußtlosigkeit reden wir hiernach dann, wenn dieser Zustand, wenigstens hinsichtlich der Aufnahme äußerer Wahrnehmungen, ausgeschlossen ist, von einer Geisteskrankheit dann, wenn die regulären Funktionen in hohem Grade zerrüttet sind.

Wie groß diese Zerrüttung sein muß, damit man von Wahnsinn und nicht von bloßer Abnormität der Geistesfunktionen reden könne,[1]) diese Frage hat die Jurisprudenz von jeher den Medicinern zur Entscheidung überlassen und sich höchstens eine Prüfung in zweiter Instanz vorbehalten.[2]) Sache des Mediciners müßte es daher sein, endgültig über eine Behauptung zu entscheiden, welche neulich von Brinz[3]) aufgestellt und zu der Grundlage einer praktisch wichtigen Entscheidung gemacht worden ist. Diese gipfelt in dem Satze, daß ein Zerstreuter, welcher sich verspricht und verschreibt, im Zustande momentaner Besinnungslosigkeit handle, und daß daher nach dem allgemeinen Grundsatze, welcher den Handlungen Besinnungsloser die rechtliche Wirksamkeit entzieht, derartige Acte nicht verbindlich sein können.

---

[1]) Es wird wohl namentlich auch darauf ankommen, ob eine Person es noch empfindet, daß das im wachen Zustande von ihr beobachtete Verhalten auch wirklich von ihr selbst ausgeht.

[2]) So mit Recht Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 18.

[3]) Pandekten. S. 1393. Zustimmend zu der Brinz'schen Theorie, Hölder, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 565 ff. Auch Zitelmann hat seine Kategorie „Irrtum im Bewußtsein" (Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 359—372) im Wesentlichen aus einer Verallgemeinerung dieser Brinz-Hölder'schen Lehre gewonnen. Da Zitelmann selbst zugiebt (S. 368), daß die genannte Gruppe von angeblichen Fällen des Irrthums auch Vorfälle mit umschließe, in welchen weder von Irrthum noch von error die Rede sein könne, so bleibt die Frage, warum er dieser Klasse ihren Namen gegeben hat, unbeantwortet. Zweifelnd äußert sich Regelsberger, Handbuch II. S. 401. Anm. 5; doch spricht auch er von einer Verirrung in der Erklärung.

Daß die herrschende Praxis der Gerichtsärzte dieser Ansicht widerspricht, glaubt der Verfasser mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen. Dennoch meint er, daß es geboten ist, die Quellenmäßigkeit und psychologische Richtigkeit dieser Ansicht nicht unerörtert zu lassen, ohne jedoch dem Urtheile der Medicin vorzugreifen.

Brinz behauptet also ein Doppeltes:

1. error bedeutet nicht blos falsa opinio, sondern auch etwas anderes, nämlich eine „Verirrung".
2. Dieser error als „Verirrung" bedeute ein „Abirren der Erklärung von dem wahren Willen" wegen momentaner Besinnungslosigkeit, wie sie bei einem Zerstreuten Statt findet, wenn er sich verspricht.

Nur in der ersten dieser beiden Behauptungen sieht der Verfasser eine der wichtigsten Entdeckungen der Quellenkenntniß und der Intuitionskraft ihres Urhebers. Auch nach der Meinung des Verfassers bezeichnet das errare in aliqua re, der Regel nach nicht blos eine falsche Vorstellung von einer Sache oder einen Irrthum über eine solche, sondern „die Bezugnahme oder Hindeutung auf eine unerwünschte Sache, ein durch Irrthum verursachter Fehlgriff hinsichtlich der Sache, also nicht eine passive falsa opinio, sondern ein actives verkehrtes Streben, Zeigen oder Reden.[1]) Daß aber error jene eigenthümliche „Abirrung" der Erklärung von dem inneren Willen bedeutet, wie Brinz behauptet, daß also die Acte des Zerstreuten denen des Wahnsinnigen gleichstehen, davon kann sich der Verfasser trotz des vielen Beifalls, welchen diese Ansicht gefunden hat, nach Lage der Quellen und nach der Beschaffenheit jenes angeblichen „Abirrens" nicht überzeugen. Diese letztere Bedeutung soll angeblich durch folgende Stellen erwiesen werden:

[1]) Das Nähere gehört in den zweiten Theil. Eine Ausnahme vgl. in l. 1. §. 2. dig. de jur. et facti ign. 22, 6: in facto errat.

a) lex 44. pr. dig. de usurp. 41, 3. (Papinianus):

Justo errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non jure intervenisset.

Hier dürfte aber ein wahrer Irrthum, d. h. eine unrichtige Vorstellung über die Rechtsvorschriften, welche Arrogationen betreffen oder über den thatsächlichen Hergang der Arrogation vorausgesetzt sein.

b) Durch lex 1 dig. de distr. pign. 20, 5. (Papinianus) verbis:

nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur.

Ein zweiter Pfandgläubiger, welcher sich in einem error ordinis befindet, muß sich aber offenbar entweder in einer Thatsache oder einem Rechtssatze irren, also keine „Abirrung", sondern eine falsa opinio erleiden. Sobald man also diese Stellen unbefangen liest, wird man zugeben müssen, daß das Wort error in ihnen in keinem andern Sinne gebraucht ist, als in demjenigen einer falsa opinio, daher ist nicht erwiesen, daß es hier auch die Bedeutung einer „Abirrung" gehabt hat und insbesondere nicht, daß der angeblich räthselhafte Satz: errantis nulla est voluntas das Wort in einem solchen Sinne verwendet.[1]) Aus den Quellen läßt sich also der Begriff der „Abirrung" in der angegebenen Art nicht erweisen; allein auch vom psychologischen Standpunkte aus dürften ihm die erheblichsten Bedenken entgegenstehen.[2])

[1]) Vgl. auch Mandry, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 380, 381. Die Bedeutung, welche dieser Satz bei unbefangener Auslegung hat, kann erst im zweiten Theile klargelegt werden. Vgl. auch Pernice, Zeitschrift f. Handelsrecht. Bd. 25. S. 133 ff. Bruns, Pandektenfragm. S. 479. A. 119.

[2]) Wir sind leider, da diese praktisch wichtige Frage nicht dahingestellt bleiben kann, gezwungen, entweder an der älteren Ansicht, welche die „Abirrung" nicht kennt, unbedingt festzuhalten, oder selbst den Geschäftsabschluß

In der Seele eines Zerſtreuten bildet ſich nicht etwa zunächſt eine richtig formulirte Aeußerung, welche demnächſt auf dem Wege von dem Geiſte zu dem Munde entſtellt wird, alſo „abirrt“, ſondern es verſpricht ſich jemand der Regel nach nicht anders, als indem er ſich vorher „verdenkt“. Seine Worte weichen nicht von dem richtigen Ziele ab, ſondern das richtige Ziel ſelbſt fehlt ihm. Wo ſollten auch die falſchen Worte anders herkommen, als aus dem Geiſte des Zerſtreuten?

Nichts aber zeugt für eine Analogie zwiſchen dieſem und dem Geiſteskranken. Wollte das Geſetz die Zerſtreuten von der Verpflichtung, ihr Wort zu halten, ebenſo dispenſiren, wie die Wahnſinnigen, dann müßte es auch, wie bei dieſen, dafür Sorge tragen, daß aus ihrer freien Bewegung innerhalb des Verkehrslebens unbefangenen Dritten kein Schade entſtehe. Daß dies nicht thunlich iſt, unterliegt keinem Zweifel.

Ein Beweis dafür, daß die Acte der Zerſtreuten[1]) keine bewußtloſen Handlungen ſind, zeigt ſich in dem Gefühle der Verantwortung für Unterlaſſungsſünden, welche der Bewußtloſe niemals, der Zerſtreute faſt immer empfindet, aus der Fähigkeit, jenes Uebels durch Willenskraft bis zu einem gewiſſen Grade

---

des Zerſtreuten, ſo weit uns deſſen Geiſtesregungen wahrnehmbar ſind, zu beobachten.

[1]) Der Fehler der Zerſtreutheit iſt nichts anderes, als eine Schwäche der inneren Kraft, durch welche wir erfahrungsmäßig nach unſerer freien Entſchließung unſere Aufmerkſamkeit auf Gegenſtände unſerer Wahl zu richten vermögen. Er beruht auf der Gewohnheit, ſich gewiſſen Ideenkreiſen oder Phantaſiegebilden in ſo überwiegendem Maße hinzugeben, daß die Macht einer Ablenkung des Geiſtes von dieſen fort auf andere Dinge hin eine ausnahmsweiſe geringfügige wird, d. h. unter das Niveau der menſchlichen Durchſchnittsfähigkeit zur Aufnahme äußerer oder innerer Eindrücke herabſinkt, weil jene gewohnten Ideenaſſociationen die Bildung neuer Vorſtellungen fern halten.

Herr zu werden.[1]) In der That würde auch schwerlich jemand, der aus Zerstreutheit eine brennende Cigarre in einen Heuschober geworfen hat, von der Anklage der fahrlässigen Brandstiftung wegen einer im Augenblicke der That vorhandenen Bewußtlosigkeit freigesprochen werden können.

Nur das eine kann zugegeben werden, daß eine hochgradige Zerstreutheit schließlich in Geisteskrankheit übergehen kann und die völlige Zerfahrenheit der Gedanken zuweilen nur eine Form des Wahnsinns sein mag. So lange dieser Fall aber nicht vorliegt, ist dem Zerstreuten seine Handlung auf dem Civil- wie auf dem Strafrechtsgebiete zuzuschreiben,[2]) wie auch das eigene Gewissen sie ihm zuschreibt.

Wenn Hölder[3]) endlich noch eine Differenz zwischen Wille und Erklärung wegen mangelhafter Ausbildung oder Verbildung der Mittheilungsorgane, insbesondere der Sprachorgane in Betracht zieht, so kann eine solche — außer bei Bewußtlosigkeit des Sprechenden — schwerlich vorkommen, ohne daß der Redende oder der Angeredete sie bemerkt. Wer, durch einen solchen Fehler getrieben, etwas anderes sagt, als er sagen will, hat natürlich das Recht, dies zu berichtigen, thut er dies jedoch nicht sogleich,

---

[1]) Es ist eben nicht richtig, daß blos körperliche Bewegungen (wie Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 32, annimmt) Handlungen sind; eine Handlung ist jede Veränderung in und an uns, welche wir als durch uns selbst verursacht empfinden; dahin gehört auch noch außer den Bewegungen die bewußte Unterdrückung eines Triebes durch einen andern und die zwangsweise Lenkung der Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Punkt. Vgl. Locke, Versuch über den menschlichen Verstand, Buch III. cap. 21. §§. 5 ff.

[2]) Auch die Meinung des Volks entschuldigt den Wahnsinnigen wegen seiner Thaten, während sie unwillig ist, wenn ein Zerstreuter Uebles anrichtet.

[3]) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 567.

so genehmigt er stillschweigend den Inhalt seiner Worte. Verfällt er gleich nach den Worten in Ohnmacht, ohne seine unwillkürlichen Aeußerungen berichtigen zu können, so ist er nicht haftbar;[1]) denn es fehlt dann an einer bewußten Erklärungshandlung, ohne welche er sich nicht verpflichten kann.[2])

Das Ergebniß dieser Ausführungen für die Irrthumslehre ist, daß für den Irrthum aus Zerstreutheit besondere Vorschriften nicht gelten und daß er mit dem Falle bewußtloser Erklärungen nicht auf eine Stufe gestellt werden darf.

---

§. 7.

Herstellung des Vertragsinhaltes und seiner Verpflichtungskraft. Stellvertretung bei der Offerte und bei dem Geschäftsabschlusse.

Es wurden oben in §. 3 die lex contractus, der Vertragsinhalt und die Erklärungen, daß er gelten soll, welche ihm die Verpflichtungskraft verleihen, unterschieden. Dieser Unterschied ist unbestreitbar und unbestritten; weil aber beides „Erklärung" genannt wird und bei den mündlichen Geschäften in denselben thatsächlichen Vorgängen zu stecken pflegt, so wird er nicht immer genau genug beobachtet.[3])

---

[1]) Natürlich nur, wenn er jenes Uebel als vorhanden nachweist.

[2]) Der Fall hat wegen seiner Seltenheit nur geringe praktische Bedeutung.

[3]) Selbst die Behauptung Regelsberger's in Endemann's Handbuch, Bd. II. S. 395, daß der Vertrag sich nicht aus gleichen, sondern aus verschiedenen, jedoch sich entsprechenden, d. h. auf die Hervorbringung desselben Erfolgs gerichteten Erklärungen zusammensetze, paßt nur der Regel nach — nicht immer — auf diejenigen „Erklärungen", welche die lex contractus herstellen, nicht auf den bei schriftlichen Verträgen genau von ihnen zu unterscheidenden consensus, d. i. der Verleihung der Ver-

Nicht die Abfassung der Vertragsurkunde, das legem conscribere, macht den consensus aus.[1]) Sie kann aus dem Haupte eines Dritten entstammen, z. B. demjenigen eines Nachlaßrichters, der den völlig indolenten Parteien bisweilen die angemessenen Vertragsnormen geradezu aufdrängen muß, oder aus demjenigen eines Ablösungsbeamten, dessen Theilungsreceß die Betheiligten oft gar nicht zu erfassen vermögen. Sie kann auch von dem Offerenten allein herrühren, während der Annehmende nur „ja" sagt, sie kann endlich theilweise von dem einen und hinsichtlich des Restes von dem andern gemacht und von seinem Mitcontrahenten blos anerkannt sein.[2]) Alle diese Formen sind juristisch gleichwerthige. Die den Consens bildenden Erklärungen aber müssen immer von den Parteien oder von Vertretern, welche durch Vollmacht oder durch andere gesetzlich anerkannte Bevollmächtigungsgründe hierzu befugt sind,[3]) ausgehen und nach ihrem Sinne in der Anerkennung des Vertragsinhaltes übereinstimmen.

---

pflichtungskraft an die lex contractus, wie sie der Regel nach durch Unterschrift zu Tage tritt (vergl. v. Savigny, System. Band III. S. 244; Regelsberger a. a. O. S. 421. §. 120. A. Pr. L.-R. I. 5). Dieser consensus geht übereinstimmend dahin, daß der Inhalt der anerkannten Vertragsnorm für beide Contrahenten gelten soll.

[1]) l. 39 de pact. 2, 14. Mit Recht nennt Ihering den Correspondenten, welcher dem Kaufmann seine Geschäftsbriefe entwirft, eine bloße Schreibmaschine (dogm. Jahrb. Bd. I. S. 277. Anm. 4).

[2]) Es pflegt dann oft jeder dasjenige zu bezeichnen, was der andere leisten soll, weil dies für ihn der Zweck, seine eigene Leistung nur ein Mittel zu sein pflegt. So wählt der Käufer oft die Waare und der Verkäufer bestimmt dann den Preis.

[3]) Auch die Vertretungsbefugniß durch eine Parteivollmacht ist eine gesetzlich mit Wirksamkeit ausgestattete; die sog. gesetzliche Vollmacht unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß sie sich nicht an jenen Parteiact, sondern an andere Umstände anknüpft. So kann man auch die gesetzliche Erbfolge besser „Verwandtschaftserbfolge", die gesetzliche Obligation „Zustandsobligation" nennen.

Hiernach beantwortet sich die streitige Frage, ob Vertragserklärungen einen unbestimmten Inhalt haben dürfen, dahin:

1. Entweder sogleich bestimmt oder durch ein später mit Sicherheit wirksam werdendes Mittel[1]) bestimmbar müssen sowohl der Vertragsinhalt (lex contractus) als auch die Verleihung der Verpflichtungskraft an den Vertragsinhalt durch die Erklärungen der Parteien sein.[2])
2. Die Parteien brauchen den Vertragsinhalt bei ihrer Unterwerfung unter denselben nicht zu kennen.
3. Dagegen müssen sie nach dem Sinne ihrer Unterwerfungserklärungen genau auf die lex contractus hindeuten, die gewünschte Vertragsnorm also mit Sicherheit auffindbar machen.[3])

Der zweite dieser Sätze ist vielfach anerkannt worden[4]) und

---

[1]) z. B. durch das Loos, den Ausfall einer Ernte oder eines Fischzuges u. dgl. Zitelmann spricht bei „disjunctiven" Absichten von einem „Concentrationsmerkmale" (Irrtum u. Rechtsgeschäft. S. 511). Man wird überhaupt in disjunctiven Abreden von einem „Bestimmungsmerkmale" sprechen dürfen.

[2]) Jener muß so weit bestimmt sein, daß sie thatsächlich verwirklicht werden kann, diese so sehr, daß man erkennen kann, ob der Erklärende die Verpflichtungskraft der Abrede ernstlich und endgiltig will oder nicht.

[3]) Diejenigen, welche vielleicht das letztere Erforderniß für zu strenge halten, seien darauf hingewiesen, daß es ja auch hier nur auf den Sinn der Erklärungen, nicht auf unerklärte Wünsche ankommt, daß dieser aber, wie noch erwiesen werden soll, sich im Zweifel nach der Regel des Lebens bestimmt.

[4]) Namentlich von Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen. S. 5. Bähr, dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 402 ff. Regelsberger, Handbuch d. Handelsrechts. Bd. II. S. 392. Dort dürfte freilich die richtige Ansicht noch nicht entschieden genug proklamirt sein, weil Regelsberger zur Geltung einer von den Parteien als maßgebend anerkannten Uebung ein „Bewußtsein" dieser Uebung verlangt; freilich meint er gleich nachher, daß dieses Bewußtsein bei Geschäftsleuten hinsichtlich der gewöhnlich anerkannten Usancen erwartet werde. Damit ist mittelbar zugestanden, daß es auf ein wirkliches Vorhandensein jenes Bewußtseins nicht ankommt. Darum ist es

entspricht der festen Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes so wie einem mächtigen Verkehrsbedürfnisse.[1])

Nur seitens der Theorie erfreut er sich nicht unbedingter Anerkennung.[2]) Auch hier wird mit doppelten Waffen gekämpft, denjenigen der Philosophie und denjenigen der Quellen.

So ist namentlich neuerdings geltend gemacht worden, daß nach Hegel[3]) das Wesen des Willens Bestimmtheit sei. Dieser Satz mag vorläufig als richtig zugegeben und es soll daher hier vorausgesetzt werden, daß zu einem Willen nicht bloß das Bewußtsein, daß man etwas will, sondern auch eine Vorstellung darüber, was man will, also eine Bestimmtheit des

besser, dieses angebliche Gültigkeitserforderniß lieber ganz zu streichen. Damit soll natürlich nicht bestritten werden, daß, wer bei einem Geschäftsabschlusse in erkennbarer Weise die Existenz der dabei gewöhnlich stillschweigend berücksichtigten Usancen ignorirt, sich ihnen nicht unterwirft, weil der Sinn seiner Erklärung diese Annahme ausschließt. Vgl. auch l. 11. §. 1. dig. de act. empti 19, 1. (Ulpianus): Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, betreffend das Contrahiren nach Handelsusancen, z. B. Entscheidungen. Bd. XII. Nr. 94. S. 286. Bd. XIII. Nr. 117. S. 370. Bd. XIV. Nr. 87. S. 268. Bd. XV. Nr. 71. S. 251. Vgl. auch Dernburg, Lehrbuch d. preuß. Privatrechts. Bd. I. §. 108. not. 2.

[2]) Vgl. Windscheid im Archive für civilist. Praxis. Bd. 63. S. 93. Bruns in den Pandektenfragmenten. S. 476; auch Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 400. Dagegen entwickelt letzterer späterhin (Irrtum u. Rechtsgeschäft. S. 500 ff.) in seinen interessanten Auslassungen über „eventuelle" oder „unbestimmte" Absichten freiere Anschauungen. Trotzdem ist seine Theorie nicht nur selbst zu „unbestimmt" (vgl. auch Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 26), sondern sie trennt auch nicht zur Genüge das „Unbestimmte" von dem „Unbekannten" und das „eventuell Bestimmte" von dem „principaliter, aber blos indirect (z. B. durch Hinweisung auf ein Gesetz) Bestimmten". Vergl. übrigens auch Zitelmann in den dogmat. Jahrb. Bd. 16. S. 398, 399.

[3]) Naturrecht, §. 17, citirt von Bruns in den Pandektenfragm. S. 476.

Gegenstandes gehöre.[1]) Keinesfalls gehört aber dazu auch eine Kenntniß dieses Gegenstandes. Ein bestimmter Gegenstand unseres Begehrens und ein bekannter sind zweierlei.[2]) Bestimmt nennen wir einen Gegenstand unseres Willens dann, wenn es zweifellos ist, daß unser Begehren auf ihn hinzielt. Dies ist dann der Fall, wenn der Raum, welchen er ausfüllt, oder eine nur ihm anhaftende Eigenschaft von dem Willen in Bezug genommen wird. Unmittelbar bestimmt ist dasjenige, worauf wir hinsehen oder hinzeigen und was wir berühren. Dies wird uns niemals gänzlich, fast immer zum Theile unbekannt sein.[3])

Mittelbar bestimmt ist dasjenige, was wir nach dem Raume, den es ausfüllt, oder einer ihm ausschließlich gehörenden Eigenschaft bestimmen.[4]) Dies kann uns bekannt sein, braucht es aber nicht. So z. B. das vorderste Weinfaß in meinem Keller, die erste Villa am Berge u. dergl. mehr. Daß auch das indirect bestimmte Begehren des unbekannten Gegenstandes ein wahrer Wille ist, ist zweifellos. Ein Herrscher, welcher den ihm nicht bekannten Verbrecher begnadigt, oder ein ihm seinem Inhalte nach nicht bekanntes Gesetz durch Unterschrift sanctionirt,[5]) ein General, der die ihm noch unbekannten Rekruten vorzuführen befiehlt,

[1]) Das Nähere siehe in §. 12.

[2]) Vgl. über den Unterschied zwischen „unbestimmt" und „unbekannt" namentlich Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 426. S. 478. IV.

[3]) Nur wenige kennen das Innere einer gekauften Cylinderuhr, niemand das Knochengerüst seines Reitpferdes. Ueber die Vorbedingungen der indirecten Bestimmung von Geschäftsbestandtheilen vgl. das Urtel des Reichsoberhandelsgerichts. Entsch. Bd. XI. Nr. 1. S. 3.

[4]) z. B. einen ihm allein zukommenden Namen. Daß das Hinzeigen auf einen Gegenstand mit dem Finger und das Benennen desselben einander juristisch völlig gleichstehen, wird zwar von einigen Neueren bezweifelt, steht aber ausdrücklich in der lex 6. dig. de rebus creditis 12, 1.

[5]) Es giebt Gesetze über Wasserbauten und dergl., welche nur dem Specialisten verständlich sein können.

äußern durchaus keinen „unbestimmten“ Willen. Ebenso wenig thut dies aber auch der Erbberechtigte, der bei der Vorlesung des Erbrecesses nicht zugehört und ihn aus Gleichgültigkeit ungelesen unterschreibt. Auch derjenige nicht, welcher schriftlich in den zwischen seinen Verwandten geschlossenen, auch ihn betreffenden Vertrag einwilligt, ohne ihn gelesen zu haben; denn er bestimmt es mittelbar ganz genau, welcher lex contractus er sich unterwirft.

Die Behauptung, daß man sich einem unbekannten Vertragsinhalte schon aus allgemeinen logischen Gründen nicht soll unterwerfen können,[1]) ist also auf eine Verwechslung zwischen den Begriffen „Wissen“ und „Wollen“ zurückzuführen.[2])

Von größerer Bedeutung ist die Behauptung, daß einzelne Quellenstellen dem Vertragsabschlusse über einen unbekannten Geschäftsinhalt Schranken anlegen sollen.[3])

---

[1]) Dies scheint auch Kohler anzunehmen (dogmat. Jahrb. Bd. 16. S. 338). „Wer etwas will, will nicht auch die ihm unbekannten Consequenzen.“ Sonst müßte man, so meint er, sagen, der Verbrecher wolle seine Bestrafung. Allein das letztere darf man selbst dann nicht sagen, wenn der Verbrecher das Strafgesetz kennt.

[2]) Die Römer unterscheiden beides genau, l. 209. dig. de verb. sign. 50, 16. l. 1. §. 3. dig. de trib. act. 14, 4. Aus dem gleichen Grunde versuchte der Verfasser in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 23. S. 341, die Bremer'sche Ansicht, daß der Generalprocurator nach römischem Rechte Besitz erwerben konnte, gegen ihre Widersacher zu vertheidigen. Aehnlich neuerdings Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882. S. 101—103. Wer alles, was jemand für ihn erwerben werde, besitzen will, dessen Besitzwille ist hinsichtlich eines demnächst in dieser Weise erworbenen Gegenstandes ein bestimmter, wenn auch nur ein mittelbar bestimmter und auf ein Unbekanntes gerichteter. Was hätte wohl aus dem Wirthschaftsbetriebe der Latifundien werden sollen, wenn die Herren des Besitzschutzes hinsichtlich der in diesem Betriebe für sie, aber ohne ihr Wissen erworbenen Sachen hätten entbehren sollen? Vgl. auch l. 1. §. 5. dig. de possessione 41, 2.

[3]) So Windscheid, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 63. S. 93. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 400. Vgl. ebenda S. 398, 399.

Prüfen wir die einzelnen Stellen näher: c. 5. Cod. plus valere quod agitur 4, 22 (Diocletianus et Maximianus):

> Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.

Es befiehlt jemand, einen Miethscontract zu entwerfen, man legt ihm ein falſches Kaufformular vor und veranlaßt ihn, es zu unterſchreiben. Wer dies thut, kann doch nur der Mitcontrahent oder ein Helfershelfer desſelben ſein.[1]) Hier ſoll der Betrogene dem Betrüger nicht haften, weil er in einer dieſem erkennbaren Weiſe nicht das vorgelegte Formular, ſondern ein anderes unterſchreiben wollte. Daraus könnte man nun höchſtens folgern, daß, wenn er das richtige Formular unterſchrieben hätte, er allen Beſtimmungen desſelben, auch den ihm unbekannten, unterworfen ſein würde, keinesfalls aber das Gegentheil.

2. cst. 10. cod de donat. 8, 53 (54). (Diocletianus et Maximianus):

> Nec ignorans nec invitus quisque donat. unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intellegis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.[2])

---

[1]) Windſcheid a. a. O. bezweifelt, daß hier ein Betrug vorliegen müſſe. Allein der Verfaſſer weiß in der That nicht, wie er ſich ohne einen ſolchen den mitgetheilten Sachverhalt vorſtellen ſoll. Die Annahme eines bloßen Mißverſtändniſſes ſeitens des Schreibers erſcheint ihm darum ſchon höchſt unwahrſcheinlich, weil Mieth- und Kaufſummen erheblich von einander abzuweichen pflegen. Vgl. auch Pernice, Ztſchr. f. Hdlsr. Bd. 25. S. 129. Anm. 2.

[2]) Pernice a. a. O. S. 130.

Hier ist mit keinem Worte darauf hingedeutet, daß der Schenker in erkennbarer Weise sich durch die Unterschrift des ihm vorgelegten Formulars diesem Inhalte blindlings und nicht blos, insoweit er der vorherigen Abrede entsprach, hat unterwerfen wollen. Da es sich um Schenkungen handelt, so ist es auch höchst unwahrscheinlich, daß der Gegenstand des Geschäfts nur mittelbar durch den Inhalt einer dem Geber unbekannten Urkunde bestimmt worden ist, weil erfahrungsmäßig bei Schenkungen eine derartige Bestimmung so gut wie niemals vorzukommen pflegt.[1])

3. Als fernere Beweisstelle ist angeführt worden die const. 18. Cod. de prob. 4, 19. (Diocletianus et Maximianus Violentillae):

> Cum precibus tuis significes ignorante te praedium eum cujus meministi sibi velut a te donatum instrumentis inseri fecisse, si vera sunt quae indidisti, nec ad nomen factae donationis fundus iste pervenit.

Hier hat die Violentilla sich nicht nur nicht dem ihr unbekannten Inhalt einer Urkunde blindlings unterworfen, sondern die fragliche Bestimmung derselben ist überhaupt anscheinend erst nach ihrer Unterschrift ohne ihr Wissen verfaßt und in die Urkunde eingeschoben worden. Hinsichtlich dieser Bestimmung liegt also gar kein Consens vor.

4. Das letztere gilt auch von der cst. 2. Cod. de rebus alienis non alienandis. 4, 51. (Imp. Gordianus A. Grattiae Aeliae):

> Distrahente marito rem juris tui, si consensum non accommodasti, licet sigillo tuo venditionis instrumentum fraude conquisita signaveris, ejusmodi tamen commentum emptori usucapione non subsecuta vel longi temporis praescriptione non munito nullam praestitisse potest securitatem.

---

[1]) Warum die Schenkung ungültig ist, kann erst später erörtert werden (§. 13).

Hier hat das Opfer des Betruges dem dritten Käufer gegenüber weder eine Erklärung abgegeben, noch ihren Mann zu der Abgabe einer solchen bevollmächtigt. Von einem consensus zwischen ihr und dem Dritten kann also nicht die Rede sein. Daß der Mann ihr eine Untersiegelung abgelockt hat, um in dem Dritten den betrügerischen Schein einer Vollmacht zu erwecken, kann natürlich ihre fehlende Erklärung an diesen Dritten nicht ersetzen.[1])

Die Quellen beweisen also nichts gegen die oben dargelegte Theorie. Dagegen enthalten sie gewichtige Beweise für ihre Anwendung im einzelnen Falle. So kann man den unbekannten Inhalt eines Kastens zum Gegenstande eines Depositums machen, also diesen Gegenstand mittelbar durch den Hinweis auf seine räumliche Lage bestimmen.[2]) Wer im Interesse seines Miteigenthümers Auslagen macht, erwirbt einen Ersatzanspruch gegen denselben, selbst wenn er ihn nicht kannte und ihn mit einem andern verwechselte u. s. f.[3]) Eine engherzige Ansicht des Labeo, welcher meinte, daß man sich Steinbrüche, welche man

---

[1]) Die allgemein redende cst. 2. Cod. de emancip. 8, 48, welche Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 400. Anm. 45, citirt, beweist in der vorliegenden Frage nichts. Vgl. §. 13.

[2]) l. 1. §. 41. dig. depos. 16, 3. Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft. S. 597.

[3]) l. 14. §. 1, 29. pr. dig. communi dividundo 10, 3. Vgl. ferner l. 5. §. 10 (6. §. 8.) de neg. gest. 3, 5. (Ersatzanspruch wegen Impensen auf die Sache eines unbekannten Eigenthümers, im Glauben sie gehöre einem andern). Vergl. auch l. 58. pr. dig. mand. 17, 1. l. 5. §. 1. dig. pro derelicto 41, 7. Der Nießbrauchssklave konnte bei dem Geschäftsabschlusse die Frage, ob er für den Herrn oder den Usufruktuar erwerbe, nicht blos unbeantwortet lassen, sondern ihre Entscheidung sogar von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängig machen. arg. l. 25. §. 1. dig. de usufr. 7, 1.

nicht kenne, nicht in einem Vertrage vorbehalten dürfe, wurde ausdrücklich von Javolenus verworfen.[1])

Ebenso wie die Person[2]) und die Sache muß es auch nach römischem Rechte möglich sein, dasjenige, was zu Gunsten jener und mit dieser geschehen, ob sie gekauft oder gemiethet werden sollte, von dem Inhalte eines Formulars abhängig zu machen.

Namentlich in dem heutigen Verkehrsleben sind solche Geschäfte über eine den Parteien ganz oder zum Theil unbekannte Vertragsnorm, z. B. Frachtgeschäfte, bei denen man auf ein Bahn-Reglement Bezug nimmt, außerordentlich häufig.[3]) Vornehme Herren und Damen pflegen oft Geschäfte von untergeordneter Bedeutung auf einen ganz allgemeinen Vortrag ihres Verwalters hin blindlings zu unterschreiben.

Nimmermehr wird die Praxis die Gültigkeit einer Unterschrift unter einer Erklärung von der Kenntniß ihres Inhalts abhängig machen, sie erkennt also den richtigen Satz, daß nur die Beziehung einer Unterwerfungserklärung des Contrahenten auf eine äußerlich fixirte lex contractus, nicht deren Kenntniß seitens desselben nöthig ist, einen für die Irrthumslehre hochwichtigen Satz, mit Entschiedenheit an.

---

[1]) l. 77. dig. de contrah. emptione 18, 1.

[2]) Ueber Verträge mit „dem Rittergute" und dgl. vgl. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, §. 94. Anm. 4.

[3]) Vgl. Bähr, dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 402 ff., auch Thöl, Handelsrechtliche Erörterungen. Göttingen 1882. S. 11. Weitere Beispiele bei Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 518. Anm. 487. Der Ausdruck „eventuelle Absicht" (ebenda S. 508) paßt auf solche Fälle nicht. Das Gewollte ist hier nicht blos eventuell, sondern principaliter gewollt, aber blos mittelbar bestimmt. Andrerseits kann etwas unmittelbar bestimmt, aber blos eventuell gewollt sein (vgl. l. 120 dig. de verb. obl. 45, 1:

Trotz alledem müssen jedoch der oben angefochtenen Meinung zwei wichtige Concessionen gemacht werden. Erstens: daß es gewisse Geschäfte giebt, bei denen die Unterwerfung unter einen nur indirect bestimmten Vertragsinhalt ausnahmsweise eingeschränkt ist und zweitens, daß eine Blanko-Unterschrift seitens einer Person niemals zu einer Obligirung auf den von dem Mitcontrahenten darüber gesetzten Vertragsinhalt führen kann.[1])

Es giebt eine Reihe von Geschäften theils des älteren theils des heutigen Rechtes, bei welchen die Aufnahme eines incertum als eines Geschäftsbestandtheiles ausdrücklich für unmöglich erklärt ist. So vor Justinian die Bestimmung des in einer letztwilligen Verfügung Bedachten,[2]) so noch heute die Bestimmung

---

hanc summam centum aureorum dari spondes, si modo centum aureorum est?). Die Ungewißheit, ob etwas geschehen soll und was geschehen soll, sind zweierlei.

[1]) Vom Wechselrechte soll hier nicht die Rede sein.

[2]) Gajus II, 238. Paulus rec. sent. 3, 6, §. 13. Was war der Sinn des Satzes: Certum debet esse consilium testantis. Entweder der von Ihering (Geist des römischen Rechts. III. §. 53. dritte Auflage. S. 149) hervorgehobene „Zwang des Testators zur Klarheit über den Successionsplan" oder vielleicht auch der Gedanke, daß den Zeugen, welche ja voluntarii sein mußten (vgl. Ihering, dogm. Jahrb. Bd. I. S. 294), Gelegenheit gegeben werden sollte, da, wo sie an der Anständigkeit des testamentarischen Inhaltes zweifelten, dieselbe prüfen oder bei verweigerter vorheriger Einsicht des Testaments ihr Zeugniß ablehnen zu können (vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts. 4. Aufl. Bd. II. §. 31. S. 148). Nimmt man eine derartige moralische Verpflichtung der Zeugen zur Prüfung von Testamenten, bei denen Liebloſigkeiten zu befürchten waren, an, so erklärt sich, warum sich das materielle Pflichttheilsrecht erst in einer Zeit entwickelte, in der es nicht mehr schwer war, sieben ehrlose Zeugen zu finden. Es erklärt sich auch noch nach Wegfall des Testamentes vor dem Volke (über dieses vgl. Ihering, Geist. III. §. 53. S. 148) die fortbestehende Verpflichtung des Testators, die Notherben zu erwähnen. So erklärt sich, warum überhaupt die Zeugen voluntarii und von den Interessenten unabhängig sein mußten.

eines tradirten Besitzantheils.[1]) Gajus (II, 238) definirt das incertum folgender Maßen:

> incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subjecit.

Unter dieser incerta opinio kann man aber keineswegs die bloße Unkenntniß verstehen;[2]) denn sicherlich haben die Römer eine genau benannte, aber dem Testator unbekannte Person nicht für eine persona incerta gehalten. Auch der Vorbehalt einer

---

So rechtfertigt sich die Beibehaltung des Satzes: Nemo pro parte testatus etc., so die Streichung der unmöglichen Bedingungen, durch deren Zufügung zu der Einsetzung der nächsten Verwandten der Testator sonst leicht den Zeugen die Lieblosigkeit seiner Verfügung würde haben verschleiern können. Bei dieser Annahme würde also das moralische Gebot der Prüfung des Testaments durch die Zeugen (Jhering a. a. O. II. S. 148) eine Präventiv-Controle, die Anfechtbarkeit des pflichtwidrigen Testamentes eine Repressiv-Controle gegen liebloſe Verfügungen gewesen sein. Mit dem Verfalle der römischen Sitten ist die erstere werthlos geworden. Seitdem ist auch der große Aufwand an Zeugenpersonal nicht mehr zweckmäßig.

[1]) l. 26. dig. de acqu. poss. 41, 2. Dagegen führt die Erlaubniß zur Fortnahme einer durch den Nehmenden zu bestimmenden Sache, ebenso wie das vorläufig unbestimmte Generalmandat zur Tradition. lex 6. dig. de donationibus 39, 5. Hier verwandelt sich nämlich das incertum gerade in dem entscheidenden Augenblicke in ein certum, d. h. in ein Ding, dessen Bezugnahme aus der gepflogenen Abrede selbst nunmehr mit Bestimmtheit ermittelt werden kann. Ebenso ist auch bei dem jactus missilium (l. 9. §. 7. de acquir. rer. dominio 41, 1) nur die Offerte, nicht der Traditionsvertrag in incertam personam gerichtet. Das certum wird zugleich mit der Acceptation hergestellt. So mit Recht Sohm in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XVII. S. 47. Kühn in den dogm. Jahrb. Bd. XVI. S. 10. Regelsberger, Handbuch, Bd. II. S. 426.

[2]) Die lex 3. §. 12. dig. de acquir. vel. am. poss. 41, 2. weist ausdrücklich darauf hin, daß das incertum und das Unbekannte zwei verschiedene Dinge sind: nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt.

Bezeichnung der Person durch eine Nachtragsbestimmung macht die so in Bezug genannte Person nicht zur incerta, wie das testamentum mysticum beweist.[3]) Hier liegt eine sog. succes-

[1]) l. 78. (77.) dig. de hered. instit. 28, 5. Auch bei Verträgen können die Parteien einzelne Punkte einer Nachtragsbestimmung vorbehalten. Dies kann so geschehen, daß bei dem Scheitern der Verhandlung über den Nachtrag kein Vertrag vorhanden sein soll; dann liegt auch nicht einmal eine vorläufige bindende Abrede vor. Oder auch so, daß in diesem Falle die naturalia negotii statt des Nachtrags eintreten sollen (vgl. Windscheid, Pandekten, §. 310. Anm. 6. Regelsberger, Handbuch II. S. 479); dies ist ein endgiltiger Vertrag über die vorläufige Abrede, ergänzt durch die naturalia negotii, unter der Bedingung, daß die Verhandlungen über den Nachtrag scheitern. In dieser Weise, also als bedingten Hauptvertrag, werden wir auch den Vorvertrag bei wesentlich zweiseitigen Geschäften auffassen müssen. Freilich versprechen hier die Parteien nicht direct, den in das Auge gefaßten Hauptvertrag zu erfüllen, sondern nur ihn abzuschließen (so mit Recht Thöl, Handelsrecht §. 246. 6. Aufl. S. 782), allein beides dürfte doch in seiner praktischen Bedeutung auf eins hinauslaufen und z. B. das Interesse an dem Abschlusse eines bestimmten Kaufes mit demjenigen an seiner Erfüllung identisch sein, da ersterer nur als Mittel zu der letzten bedeutsam sein kann. Den zweiseitigen Geschäften wird man nach heutigem Rechte auch das verzinsliche Darlehen als eine Kapitalsmiethe gleichstellen dürfen, zumal es sich auch schon nach römischem Rechte muß haben als Innominatcontract in dieser Weise auffassen lassen. (Vgl. Förster, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes. Bd. II. §. 137.) Auch das pactum de mandato recipiendo läßt sich von dem Mandatsvertrage selbst nicht unterscheiden. Was aber die Verträge über Gewährung eines unverzinslichen Darlehens, eines Commodats oder überhaupt einer Sache behufs späterer Rückgabe, auch über Annahme eines Depositum betrifft, so sind sie sicherlich von den Hauptverträgen unterschieden. Sind sie nicht einfach Mandatsverträge? Macht es einen Unterschied, ob ich aus Gefälligkeit vestimenta polienda (l. 22. dig. de pscr. v. 19, 5) oder mutuum dandum oder rem apud me deponendam verspreche? Würde sich nicht so die Widerruflichkeit dieser Verträge gegen Entschädigung, welche für den erstgenannten vielfach behauptet ist (vgl. z. B. Regelsberger, Handbuch II. S. 419. Anm. 15) quellenmäßig begründen lassen? Da jedes unentgeltliche Versprechen einer Handlung ein Mandat ist, so muß man diese Fragen bejahen.

sive Entstehung des Geschäftes,[1]) d. h. ein in einzelnen Theilen stückweise zu Stande kommender Geschäftsabschluß vor. Incertum ist also ein Geschäftsbestandtheil dann, wenn er weder in dem abgeschlossenen Geschäfte selbst[2]) noch in einer Nachtragsbestimmung so bezeichnet ist, daß er hiernach gefunden werden kann, wenn also der Geschäftsinhalt ein untrügliches Auffindungsmerkmal desselben nicht in sich enthält.[3])

Ueber die Selbständigkeit des „Vorvertrages" vgl. namentlich Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 775. Nr. II. („Der Vorvertrag wird hier als ein selbständiger Vertrag gedacht werden.") Degenkolb, der Begriff des Vorvertrages. Freiburg 1871. Göppert, kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 400—428. Windscheid, Pandekten. 5. Auflage. §. 310. Anm. 1a. — Die Angemessenheit der Zusammenfassung aller auf einen späteren Vertragsschluß gerichteten Verträge unter dem zutreffenden, von Thöl vorgeschlagenen Namen „Vorverträge" wird natürlich durch die vorstehenden Ausführungen in keiner Weise in Frage gestellt.

[1]) Vgl. über diesen Begriff Ihering, Geist des röm. Rechts. 3. Aufl. Bd. III. §. 53. S. 158. Köppen, Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 11. S. 142 ff. Karlowa, Rechtsgeschäft. S. 5 ff. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 294. Bruns, Pandektenfragmente. S. 457.

[2]) Ob er in der bloßen Offerte noch nicht in auffindbarer Weise bestimmt ist, ist gleichgültig.

[3]) Es giebt also indirect mit Sicherheit bestimmte Dinge, welche trotzdem incerta sind. Vgl. l. 26. dig. de acqu. poss. 41, 2. . . . Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti ita tibi tradam: quidquid mei juris in eo fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est potest. Hier ist das Traditionsobject allerdings bestimmt, doch läßt es sich aus dem Inhalte der gepflogenen Abrede nicht fixiren, man muß zu diesem Zwecke anderweitige thatsächliche Feststellungen machen. — Warum diese Entscheidung getroffen ist, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die Quellen nennen das jus possessionis eine res facti (nicht ein factum), d. h. ein Ding, dessen Voraussetzungen nicht nach dem Inhalte objectiver Rechtssätze, sondern nach der Beschaffenheit thatsächlicher Zustände und Lebensgewohnheiten bestimmt werden (vgl. Ihering, Ueber den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869. 2. Aufl. S. 179 ff. Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880. S. 33 ff.). Als ein solches

Dieſe Unzuläſſigkeit gewiſſer Verträge über res incertae[1]) iſt jedoch eine ausnahmsweiſe; der Regel nach iſt jeder Vertragsbeſtandtheil ſelbſt dann beſtimmt genug, wenn er auch nicht nach dem Vertragsinhalte allein, ſondern nur im Zuſammenhange mit anderen nicht aus der Abrede erſichtlichen Umſtänden, welche in Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft liegen können, auffindbar iſt.[2])

Hiermit ſteht nicht im Widerſpruche, daß die bloße Hingabe einer Blanko-Unterſchrift nicht verpflichten kann. Da der Vertrag ein consensus in idem iſt, ſo muß dies idem, die lex contractus, bei der erſten bindenden Erklärung vorhanden ſein. Es kann ja vielleicht alternativ beſtimmt ſein — ſo, wenn nach der Abrede der eine Contrahent nach ſeiner Wahl eine von mehreren Vertragsnormen für gültig zu erklären befugt iſt[3]) — oder es kann auch bei einer und derſelben lex contractus ein Punkt innerhalb derſelben alternativ oder auch generiſch beſtimmt ſein. Immer aber muß das idem, auf welches conſentirt wird, bei dem Conſenſe vorliegen. Dies iſt ſelbſt dann noch der Fall, wenn der Contrahent eine Blanko-Vollmacht ausſtellt und ſie dem Stellvertreter zur Ausfüllung überläßt; denn, ſobald ſie bei dem Geſchäftsabſchluſſe durch dieſen ausgefüllt iſt, liegt eine von dem

---

kann es nur da Platz greifen, wo derjenige, welchem der Beſitz zuſteht, darüber, wie weit dieſer reicht, jederzeit Auskunft zu geben im Stande iſt, was bei der traditio incertae pactis nicht bewirkt wird. Aehnlich auch l. 3. §. 2. dig. de adquir. vel amittenda possessione 41, 2. Vgl. auch ein Beiſpiel eines incertum in der l. 115. pr. dig. de verb. obl. 45, 1.

[1]) Vgl. auch noch l. 6. pr. dig. de conf. 42, 2.

[2]) Der Verkauf des quidquid Sempronii juris in eo fundo est iſt alſo giltig. l. 48. dig. de act. empti 19, 1. Man denke auch an die emptio spei oder rei speratae.

[3]) Dies kommt im Handelsrechte namentlich vor bei dem zweiſchneidigen Prämiengeſchäfte, dem Stellgeſchäfte und ähnlichen Verträgen. Vgl. Thöl, Handelsrecht, Bd. I. 6. Aufl. §. 291. S. 978. 979.

Principal im voraus anerkannte Vertragsnorm bei dem Vertragsschlusse vor. Wenn dagegen eine bloße Blankounterschrift ausgestellt ist, damit der Mitcontrahent[1]) die Vertragsnorm darüber setze, so lag bei der endgültig verpflichtenden Unterschrift eine Vertragsnorm noch nicht vor, und die Unterwerfungserklärung kann daher als die eine Hälfte des consensus in idem nicht gelten.

Die oben angefochtene Meinung hat also doch einen wahren Kern in sich, welcher zugleich ihre Entstehung und Aufrechterhaltung erklärt.

II.[2]) Die scharfe Unterscheidung zwischen der lex contractus und der Unterwerfung unter dieselbe ermöglicht uns auch allein die neuerdings wieder mit Unrecht von vielen Seiten gänzlich verworfene Unterscheidung zwischen Botschaft und Stellvertretung.[3]) In der Opposition gegen diese Unterscheidung liegt ein richtiger Gedanke.[4]) Man unterscheidet nicht genug den Stellver-

[1]) Wenn ein Stellvertreter des Unterschreibenden dies thun soll, dann ist die Unterschrift als Blankovollmacht allerdings gültig.

[2]) Vgl. über das Folgende namentlich Thöl, Handelsrecht, Bd. I. 6. Aufl. §. 69, 70, 72, Nr. 2. und die dort §. 70. Anm. 1. citirten, ferner Ihering, dogm. Jahrb. Bd. II. S. 70 ff. Zimmermann, stellvertret. neg. gest. S. 19 ff. Regelsberger, Handbuch II. S. 397.

[3]) Diese ist für die Irrthumslehre von besonderer Bedeutung, wie im zweiten Theile der Schrift ausgeführt werden soll.

[4]) Vgl. namentlich die beachtenswerthen Ausführungen Hellmann's, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882. S. 1 ff. Vgl. auch Schloßmann, der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881. Vgl. gegen eine ähnliche Behauptung Behrend's (Handelsrecht. §. 49. note 1.) Regelsberger, Handbuch II. S. 398. Anm. 10, auch die Recensionen der erstgenannten beiden Schriften durch Baron in der kritischen Viertelsjahrsschrift Bd. 23. S. 511 ff. Bd. 24. S. 40 ff. Der rein terminologische Streit über den Umfang desjenigen Begriffs, welchen wir als Stellvertretung bezeichnen dürfen (vgl. Ihering, dogmat. Jahrb. Bd. I. S. 277. Anm. 4) ist, da wir in Deutschland für solche Fragen eine entscheidende Instanz

treter in der bloßen Offerte von dem Stellvertreter in dem ganzen Vertragsschlusse. Unter dem ersteren versteht der Verfasser einen solchen, welcher die Offerte nicht blos wie ein „lebendiger Brief“ [1]) überbringt, sondern kraft Auftrages durch eigenen Entschluß ihren Inhalt hervorbringt, welcher aber mit der Antwort auf die Offerte gar nichts zu thun hat, also nicht der Zielpunkt der Gegenerklärung ist. So z. B., wenn der Geschäftsreisende ein bestimmtes Anerbieten macht, die Antwort erhält, man werde seinem Principal direct antworten, und das letztere sodann geschieht. Von einem contrahere für einen anderen kann hier nicht die Rede sein; denn eine Offerte ist kein Contrakt. Ebenso wenig von einem acquirere für einen anderen; denn dasjenige, was der Stellvertreter hier im fremden Namen thut, würde, wenn es im eigenen geschehen wäre, zu einem Erwerbsgeschäfte nicht ausreichen. Der Satz „per liberam personam nihil nobis acquiritur“ kann sich auf solche Fälle nicht bezogen haben. [2]) In der That unterscheidet sich ein solcher bloßer Stell-

nicht besitzen, völlig aussichtslos. Man wird sich der üblichen Redeweise möglichst anschließen, also z. B. gegen die von Hellmann a. a. O. S. 99 verlangte Ausschließung des Stellvertretungsbegriffes von dem durch Stellvertreter vollzogenen Besitzerwerbe protestiren müssen, im übrigen aber aus dem bloßen Namen nichts folgern dürfen, da er einen ganz unjuristischen Begriff deckt. Vergl. Windscheid, Pandekten. §. 73. Anm. 2, und jetzt auch Schloßmann in Grünhut's Zeitschrift. Bd. IX. S. 549.

[1]) Vgl. Cujacius, opera Neapoli, 1758. t. VIII. p. 325c. Epistola tacitus nuntius, ut Epictetus Adriano Imperatori respondit. Windscheid a. a. O. spricht von Stellvertretung „in der Erklärung“ im Gegensatze zu derjenigen „im Willen“.

[2]) Darüber, ob die Römer diese bloße Stellvertretung in der Offerte für möglich gehalten haben, existirt eine herrschende Meinung überhaupt nicht. Der Verfasser möchte diese Frage bejahen und alle diejenigen Stellen, welche von Mittelspersonen, die nicht bloße Boten der Offerte und auch nicht Contrahenten zu Gunsten Dritter sind, reden (l. 7. pr. dig. de neg. gestis 3, 6. l. 14. §. 3. dig. de pec. const. 13, 5. l. 84. dig. pro socio

vertreter in der Offerte von dem Boten nur durch solche Umstände, von denen ein jeder, wenn er ohne die anderen in seiner Person vorläge, ihn nicht zum Contrahenten würde machen können. Er überbringt die Vollmacht, d. h. die im voraus gewissermaßen in blanco auf die von ihm später festzusetzende Vertragsnorm bezügliche Vertragserklärung seines Herrn.[1]) Das ist ein bloßer Botendienst. Ja selbst dieser fällt weg, wenn der Herr den Dritten im voraus direct

---

17, 2. l. 63. pr. dig. de contr. emptione 18, 1. l. 21. pr. dig. de pignor. 20, 1. l. 18. dig. de sponsal. 23, 1. l. 6. §. 1. dig. de precario 43, 26. l. 1. §. 11. dig. de depos. 16, 3. ꝛc. Vgl. Hellmann S. 43 ff.), nicht als positive Ausnahmebestimmungen betrachten — als solche treten sie nicht auf —, sondern als Stellvertretungen in der bloßen Offerte, bei welchen der Vertreter hinsichtlich der Antwort auf die Offerte ein bloßer Bote war, also — abweichend von einem wahren Vertreter — nur eine bis zu der Ankunft bei dem Principale widerrufliche Antwort des Oblaten übernahm. Darum erklärt es sich auch, warum so selten Specialvertreter in den Quellen erwähnt werden, wohl aber so oft Generalvertreter, Institoren und Schiffscapitäne. Bei den letzteren war nämlich jene Art des Geschäftsschlusses mit jedesmaliger besonderer Meldung an den Principal nicht thunlich, daher mußten gerade sie nach dem Satze: „per liberam personam nihil nobis acquiritur“ die Verpflichtung auf sich selbst nehmen und für, sowie gegen die Herren eigene actiones utiles und adjectae geschaffen werden. Daß dies geschah, und also die Römer die directe Stellvertretung im Geschäftsabschlusse nicht kannten, dürfte durch Hellmann (a. a. O. S. 80 ff.) nicht widerlegt sein. Das neuere Gewohnheitsrecht hat die Haftung des Principals beibehalten, das in Rom noch nicht durchgebildete Forderungsrecht desselben aus den Verträgen des Vertreters in durchaus angemessener Weise verallgemeinert (vgl. Baron, Pandekten §. 221. I, 2), dagegen die Haftung des Stellvertreters selbst, so wie sein damit nothwendiger Weise verbundenes Klagerecht beseitigt. Dadurch dürfte freilich die Zahl unsolider Geschäfte, welche Stellvertreter ohne pecuniäre Deckung abschließen, sehr vermehrt worden sein, ebenso die gewissenlose und lüderliche Wirthschaft zum Nachtheile des Herrn.

[1]) Vgl. Dernburg (Heidelberger krit. Ztschr. Bd. I. S. 19): „Dieser (der Principal) ertheilt also im Voraus zu dem, was der Procurator feststellen wird, seinen Consens.“

ermächtigt hat, mit dem Stellvertreter zu contrahiren, also die Vollmacht nicht durch dessen Vermittelung erklärt.

Der Stellvertreter verfaßt ferner die lex contractus, den „Vertragswillen".[1]) Allein damit thut er nichts anderes, als ein bloßer Concipient, welcher seinem Herrn die Vertragsurkunde entwirft, ohne bei der Abrede betheiligt zu sein, er thut es nur bei einer anderen Gelegenheit. Freilich faßt er auch einen Entschluß, welcher das Geschäft für den Herrn verbindlich macht. Allein auch hier hat er nur die Rolle eines Dritten, von dessen Entscheidung die Verbindlichkeit des Vertrages abhängig gemacht ist. Daß eine solche Entscheidung kein Vertragsabschluß ist, ist zweifellos. Bei der bloßen Offerte ist also der Stellvertreter vom Boten nicht zu unterscheiden.[2]) Ganz anders in der zweiten Hälfte des Vertragsschlusses, der Entgegennahme einer Antwort auf die Offerte. Hier zeigt es sich ob die Mittelperson ein wahrer Stellvertreter ist. Geht die Antwort nicht an sie, sondern an den Herrn zurück, so ist sie es nicht. Auch dann nicht, wenn sie mit der Offerte ihr Geschäft erledigt hat und die Ueberbringung der Antwort nur im Interesse des Oblaten, z. B. von diesem dafür bezahlt, als dessen Bote übernimmt. Sie kann aber auch hinsichtlich der Antwort ein blos holender Bote, kein Stellvertreter des Offerenten sein. Dies mußte sie nach römischem Rechte sein, sofern das Geschäft durch sie zu Stande kommen sollte, so daß also dem

[1]) Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 239. §. 70. Anm.

[2]) Der Stellvertreter in der bloßen Offerte vollzieht also kein contrahere, sondern nur ein dreifaches ministerium (l. 15. dig. de pec. const. 13, 5 vgl. Regelsberger, Handbuch II. S. 397. Anm. 7.) Wie wenig seine Thätigkeit bedeutet, zeigt sich darin, daß wir jemanden, welcher hinsichtlich der Offerte blos Bote ist, z. B. einen Brief überbringt, doch für einen Stellvertreter im Vertragsschlusse werden halten müssen, wenn er die Antwort mit sogleich bindender Kraft entgegenzunehmen erklärt, denn er erwirbt dann für seinen Herren.

Oblaten immer die Möglichkeit des Widerrufes der Antwort bis zu deren Ankunft bei dem Offerenten verblieb.[1]) Nach heutigem Rechte braucht sie es nicht mehr, sie kann der Regel nach als wahrer Stellvertreter in dem Vertragsabschlusse die Antwort mit bindender Kraft entgegennehmen,[2]) und es ist im Zweifel anzunehmen, daß sie dies will. Heutzutage werden wir also eine Mittelsperson, welche die Antwort auf eine Offerte im Auftrage eines Principals entgegennimmt, nur dann nicht für einen Stellvertreter, sondern für einen bloßen Boten der Antwort halten müssen, wenn es ausgemacht oder nach Lage der Sache als verabredet anzunehmen ist, daß sich der Dritte das Recht zu dem Widerrufe seiner Antwort, bis zu deren Eingange bei dem Principale vorbehält, oder auch, wenn die Mittelsperson wegen Handlungsunfähigkeit nicht im Stande ist, bindende Erklärungen entgegenzunehmen, also nur als Bote der Antwort auftreten kann.[3]) Sonst liegt eine wahre und nach heutigem Rechte direkte Stellvertretung in dem Vertragsabschlusse vor.[4])

---

[1]) Auf diesen Weg des Vertragsschlusses durch freie Mittelspersonen scheint auch die berüchtigte lex 53. dig. de acquirendo rerum dominio 41, 1 hinzudeuten. Auch die bekannte Ansicht Savigny's (System Bd. III. S. 90 ff.) beruhte wohl auf einer Verwechslung der Stellvertretung in der bloßen Offerte mit derjenigen in dem Vertragsschlusse.

[2]) Auch wer namens eines anderen seitens eines Dritten mit bindender Kraft Offerten entgegennimmt, ist ein wahrer Stellvertreter in dem Vertragsabschlusse.

[3]) So infantes und wahnsinnige Mittelspersonen, vgl. über diese Frage Thöl, Handelsrecht §. 75. Anm. 3. Hellmann a. a. O. S. 145 ff. und die dort Citirten. Ihering, Jurisprudenz des täglichen Lebens IV. Nr. 14.

[4]) Den Unterschied zwischen directer und indirecter Stellvertretung einerseits und Verträgen zu Gunsten Dritter andrerseits glaubt der Verfasser im Anschlusse an die grundlegenden Ausführungen Zimmermann's (Stellvertret. neg. gestio S. 84 ff., denen Regelsberger im Handbuche des Handelsr. II. S. 474, 475 zustimmt) dahin angeben zu müssen, daß bei

§. 8.

Der Vertragsbegriff und die Irrthumslehre.[1])

Wir gelangen nunmehr zu dem eigentlichen praktischen Zielpunkte der vorstehenden Ausführungen.

Die römische Irrthumslehre, so weit sie sich auf nichtige Verträge bezieht, könnte denkbarer Weise auf zwei verschiedene Arten gestaltet sein. Es wäre möglich, daß es für den Irrthum bei Vertragsschlüssen Vorschriften aus besonderen legislatorischen Gründen giebt. Es wäre andrerseits aber auch möglich, daß solche Sondervorschriften fehlen und daß man also im römischen Rechte den Irrthum bei Vertragsschlüssen lediglich nach der all-

---

letzteren entweder das Aequivalent für die Leistung an den Abwesenden, zu deren Gunsten die Mittelsperson contrahirt, aus dem Vermögen der Mittelsperson entnommen werden oder daß diese Leistung als ein Geschenk gelten soll, welches der mit der Mittelsperson Contrahirende ihr macht. Während also bei der directen Stellvertretung nur die Vermögensmassen des mit dem Vertreter Contrahirenden und des Abwesenden, bei dem Ersatzmanne zunächst nur diejenigen des Mitcontrahenten und des Vermittlers betroffen werden sollen, sollen bei den Verträgen zu Gunsten Dritter grundsätzlich alle drei Vermögensmassen zugleich in Mitleidenschaft kommen, indem gleichzeitig ein Geschäft zwischen dem Vermittler und seinem Mitcontrahenten und ein zweites zwischen ersterem und dem Abwesenden abgeschlossen wird. Der unjuristische Sprachgebrauch hält den Unterschied zwischen Stellvertretung und Geschäft zu Gunsten Dritter darum nicht fest, weil vom rein sprachlichen Standpunkte jede Stellvertretung zu Gunsten eines Dritten geschieht und jeder „Contrahent zu Gunsten eines Dritten" diesen im vulgären Sinne „vertritt". Ehe sich nicht hier eine feste juristische Terminologie bildet, sind alle Versuche der endgültigen Feststellung dieser Lehre aussichtslos.

[1]) Vergl. Hartmann, dogmatische Jahrbücher. Bd. 20. S. 44 ff. namentlich S. 49.

gemeinen Rechtsnorm über die Vorbedingungen gültiger Verträge mit logischer Consequenz handhabte.

Welchen dieser beiden Wege das römische Recht eingeschlagen hat, das läßt sich nur beantworten, wenn man das gesammte Quellenmaterial über den Irrthum bei Verträgen nach diesem Gesichtspunkte einer genauen Prüfung unterzieht.

Dieser Aufgabe ist der zweite Theil dieser Schrift gewidmet. Wir werden dort finden, daß Sondervorschriften über den Irrthum bei Verträgen nicht bestehen, sondern daß alle Quellenentscheidungen über diesen Gegenstand nichts sind, als die nothwendige logische Consequenz des einen Satzes: pactum est duorum pluriumve in idem consensus.

Hier wollen wir zunächst nur feststellen, welche Sätze der Irrthumslehre sich aus diesem Satze, wenn man ihn richtig übersetzt, ergeben, also gelten müßten, falls nichts Besonderes bestimmt ist.[1])

Gleichgültig muß nach jener Definition jeder Irrthum sein, welcher den Sinn einer Offerte oder einer Acceptation in einer nicht erkennbaren Weise entstellt,[2]) wichtig dagegen ein jeder, welcher die Entstehung eines consensus hindert und also einen dissensus erzeugt. Ein solcher liegt natürlich bei bloßer innerer, während des Vertragsschlusses nicht erkennbarer Differenz der Meinungen

---

[1]) Der demnächstige Beweis, daß sie wirklich gelten, wird dann zugleich den durchschlagendsten Grund für die Richtigkeit ihrer Prämissen liefern.

[2]) So mit Recht Savigny, System. Bd. III. S. 259. Wir werden zwar im zweiten Theile sehen, daß dieser Satz nach den Quellen bei den Verträgen des Familienrechtes, z. B. Verlöbnissen, und bei solchen, welche nur dem einen Contrahenten eine Veräußerung oder Verpflichtung auferlegen, nicht gilt — bei diesen fehlt in der That das Verkehrsinteresse, welches ihn sonst erfordert. Es wird sich jedoch zeigen, daß dies keine Ausnahmevorschrift, sondern eine Consequenz allgemeiner Regeln ist.

und gleichzeitiger Uebereinstimmung des Sinnes der Aeußerungen (consensus) nicht vor. Ein solcher liegt auch dann nicht vor, wenn die Offerte rund abgelehnt wird, allein auch nicht, wenn die Offerte und die Antwort auf dieselbe ihrem Sinne nach schlechtweg nicht übereinstimmen; dann ist vielmehr nach dem übereinstimmenden erklärten Parteiwillen eine Einigkeit noch nicht erzielt, sondern zugleich mit einer Ablehnung der Offerte[1]) eine Gegenofferte gemacht worden. Ein Dissens kann also nur dann vorliegen, wenn die Acceptation zugleich zwei einander widersprechende Erklärungen in sich enthält, nämlich erstens den Gedanken, daß der Antwortende der vorgeschlagenen Vertragsnorm zustimme und zweitens Aeußerungen, aus denen hervorgeht, daß er in Wahrheit dieser Offerte doch nicht zustimmt, daß er nämlich nur unter andern Bedingungen oder auf einen anderen Geschäftsinhalt als ihm vorgeschlagen ist, contrahiren will und nur in dem Glauben, daß ihm eine ganz andere Vertragsnorm vorgeschlagen worden ist, als es in Wirklichkeit der Fall ist, sich einbildet, daß die geschehene Offerte ihm erwünscht sei. Sonst würden ja jene widersprechenden Auslassungen nicht in seiner Erklärung neben einander stehen können.[2]) Freilich kann, da eben alles auf den Sinn dieser Auslassung ankommt, nicht jede Abweichung des anscheinend blos eingebildeten von dem wirklichen Vertragsvorschlage

[1]) Unter der Offerte versteht der Verfasser hier, wie überall, diejenige Erklärung unter den wechselseitigen Verhandlungen, welche zuerst auf eine vollständige lex contractus Bezug nimmt und sich dieser für den Fall einer Zustimmung von der Gegenseite unterwirft.

[2]) So z. B., wenn A dem B seinen Schimmel zum Kauf für einen gewissen Preis offerirt, und dieser antwortet, daß er den ihm angebotenen Rappen hiermit kaufe. Es wird dies meist nur bei zweideutigen Erklärungen vorkommen, bei so klaren, wie die oben angegebenen es sind, nur selten. So z. B. wenn A dem B sein Haus anbietet, zwei Häuser hat und jeder an ein anderes denkt.

eine ſachliche Differenz der beiden Zuſtimmungserklärungen zu dieſem Vorſchlage zur Folge haben; ſondern es ſind namentlich drei Fälle, in denen der Acceptant eine falſche Vertragsnorm als vorgeſchlagen betrachten und zuſtimmen kann, ohne daß demnächſt anzunehmen iſt, daß er dieſelbe abgelehnt habe. Zunächſt kann letzteres dann nicht der Fall ſein, wenn die eingebildete Vertragsnorm für ihn nachheiliger iſt,[1]) als die wirklich proponirte. Sodann, wenn der Offerent zwar dieſe Abweichung des blos eingebildeten von ſeinem wirklichen Vorſchlage erkennen, aber trotzdem annehmen muß, daß ſie für den Vertragswillen des Acceptanten gleichgültig iſt, d. h. daß dieſer trotz jenes Irrthums doch das vorgeſchlagene Geſchäft immer noch lieber will, als gar keines.[2]) Ein dritter Fall unſchädlichen Diſſenſes iſt aber nach dem Begriffe des Conſenſes dann anzunehmen, wenn der Acceptant noch nachträglich, nachdem er das Mißverſtändniß bemerkt hat, der wirklichen Offerte zuſtimmt; denn unmöglich kann er es gewollt haben, daß er, das Opfer des Mißverſtändniſſes, ſogar noch wider ſeinen Willen um die Vertragsgültigkeit ſoll gebracht werden

---

[1]) arg. l. 52. locati conducti 19, 2.

[2]) Dies wird dann der Fall ſein, wenn ſich die Abweichung auf einen untergeordneten Punkt bezieht, z. B. wenn der Acceptant glaubte, daß auf einer ihm zum Kaufe angebotenen Herrſchaft einige Hühner oder Enten mehr vorhanden ſind, als es der Fall iſt (vgl. den folgenden Paragraphen). Windſcheid (Pandekten. §. 386. Anm. 4) lehrt zwar in Bezug auf lex 9. pr. dig. de contr. empt. 18, 1 (vgl. auch Seuffert's Archiv. Bd. XIII. Nr. 139), daß der Kauf auch bei dem Diſſenſe über Nebenpunkte nichtig ſei, er verſteht aber dort unter Nebenpunkten alle anderen Beſtimmungen, als die Feſtſetzung von Waare und Preis; daß auch hinſichtlich ſolcher Beſtimmungen (z. B. der Feſtſetzung einer Vertragsbedingung) nach dem in dem Texte Ausgeführten ein Diſſens möglich iſt, iſt zweifellos. Bei dem Diſſenſe über gleichgültige Nebenpunkte aber werden die Römer ſchwerlich von einem dissentire in ipsa emptione geſprochen haben. Vgl. auch Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen. I. S. 134 ff.

können;[1]) es ist also anzunehmen, daß jeder Acceptant, auch wenn er sich irrt, die ihm unbekannte offerirte lex contractus doch für den Fall gelten lassen will, daß er selbst etwa später nach Entdeckung seines Irrthums sie festhalten und dies dem Offerenten, darüber befragt, in angemessener Frist mittheilen sollte.[2]) Nur für den andern Fall, daß er sie später nicht anerkennen will, lehnt er sie ab.[3]) Dies entspricht seinen Wünschen und bildet also den Inhalt seines Willens.

Alles dies läßt sich in den einen Satz zusammenfassen:

> Ein Dissens liegt dann vor, wenn der Acceptant auf den Vorschlag einer Vertragsnorm in erkennbarer Weise nur darum zugestimmt hat, weil er durch die irrige Voraussetzung einer unerläßlichen Vorbedingung seiner Zustimmung hierzu bewogen war.[4])

Allein noch in anderer Weise würde nach dem Vorstehenden die Anfechtung der Verbindlichkeit eines Vertrages wegen Irrthums möglich sein. Es ist zweifellos, daß Parteien einen Vertrag unter der beiderseitigen bedingungsweisen Voraussetzung eines gegenwärtigen oder vergangenen Umstandes abschließen können, und daß ein solcher Vertragsschluß bei der Unrichtigkeit dieses

---

[1]) Wer mir eine vergoldete Uhr verkauft, welche ich in erkennbarer Weise für eine goldene halte, kann unmöglich noch obendrein wider meinen Willen das Geschäft aufrufen dürfen.

[2]) Diese letztere Einschränkung muß gemacht werden, weil bei einer richtigen Willensinterpretation (s. die folgenden Paragraphen) anzunehmen ist, daß der Offerent sich nur einer so beschränkten Acceptation hat unterwerfen wollen.

[3]) Die blos relative Nichtigkeit der Verträge wegen Dissenses ist also eine noch allgemeinere, als Brinz, Pand. S. 1409, sie mit Recht annimmt.

[4]) Die bestimmende Kraft der Vorbedingung muß erkennbar sein, nicht blos die Irrthümlichkeit der Annahme. Vgl. überhaupt Theil II.

Umstandes wegen einer unmöglichen Bedingung erfolglos ist.[1] Dies muß natürlich auch dann der Fall sein, wenn beide die Bedingung irrthümlicher Weise für erfüllt hielten und sie nur aus größerer Vorsicht verabredeten. Hier entkräftet nicht der Irrthum, sondern der Bedingungsmangel das Geschäft, er ist es aber, welcher den Abschluß desselben verursacht hat.[2]

Zwei Fälle sind es also, in denen der Irrthum nichtige Verträge erzeugt, die mangelnde Zustimmung und die mangelnde Bedingung. Beide bestimmen sich auf dem Wege der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Die gestellte Aufgabe concentrirt sich also in zwei Fragen:

a) Wie legt man die Verträge aus?
b) Wie stellt man insbesondere das Vorhandensein von Bedingungen fest?

Diesen Fragen ist der nächste Abschnitt gewidmet.

---

[1]) Diese Bedingung ist zwar nur eine sogenannte „uneigentliche" aber immerhin doch eine Bedingung.

[2]) Auch im vorigen Falle entkräftete nicht der Irrthum das Geschäft, sondern der Dissens. Es ist bei dem Dissense durchaus nicht immer richtig, daß ohne den Irrthum ein gültiges Geschäft perfekt geworden sein würde; bisweilen würde gar keines zu Stande gekommen sein.

Zweiter Abschnitt.

Der Sinn der Vertragserklärungen.

§. 9.

Die Auslegung ausdrücklicher Erklärungen.[1])

Wir fanden schon in §. 3 zwei mögliche Arten der Vertragsauslegung vor, diejenige nach dem „buchstäblichen Sinne",[2]) d. i. die Verbalauslegung[3]) und diejenige nach dem vermuthlichen Willen[4]) oder dem wirklichen Sinne, d. h. die Feststellung desjenigen Willens, welchen der Adressat der Erklärung bei ihrem Empfange als durch sie ausgedrückt annehmen mußte.[5]) Die regel-

---

[1]) Vgl. Brinz' Pandekten. S. 1572 ff. Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. S. 386 ff.

[2]) Vgl. Urtel des Reichsoberhandelsgerichts Entsch. Bd. 14. S. 268. Nr. 87. code civil art. 1156.

[3]) Ihering, Geist des römischen Rechtes. Bd. II. 2. §. 44—47 d. 3. Aufl. S. 441—676. Aehnliches im altdeutschen Rechte vgl. bei Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 28. Ueber die Geltung dieser Auslegung im heutigen Rechte vgl. Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 48. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 126. Hartmann, dogmat. Jahrb. Bd. 20. S. 29.

[4]) So Thöl, Handelsrecht. Aufl. 6. S. 216; vgl. überhaupt daselbst §. 65 und 66. S. 216—225 und die zustimmenden Ausführungen Hartmann's in den dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 57 ff.

[5]) Auch Mommsen, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der

mäßige Geltung dieser Auslegungsart ist anerkannt in der lex 6. §. 1. dig. de contrah. emptione 18, 1. (Pomponius) verbis:

> in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est.

Es wird hier das „id quod actum est", der beiderseits erkennbar gewordene Sinn der Verhandlungen, dem Wortlaute entgegengestellt. Wir werden daher dies „id quod actum est" am besten bei Verträgen als „den Inhalt der Verhandlungen" oder das „Abgemachte", „das als beabsichtigt Festgestellte" bezeichnen dürfen, nicht etwa als das von den einzelnen blos innerlich Beabsichtigte. Es bedeutet nicht die einzelne Absicht, sondern die gemeinsame Abrede; dies folgt aus der Redewendung „inter eos actum" [1]) Schon das „agere" deutet auf ein äußeres Verhalten, das „Abmachen" hin. [2]) Das „inter eos" aber zielt

---

Abschließung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879. S. 98 ff. erkennt diese Auslegungsart an, vgl. über sie namentlich die Ausführungen Ihering's in den dogmat. Jahrb. Bd. IV. S. 72 ff. Hölder meint daher (krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 575) mit Unrecht, daß man bei den Erklärungen immer nur entweder dasjenige berücksichtigen könne, was der Erklärende hat sagen wollen, oder dasjenige, was der Adressat der Erklärung aus dieser wirklich entnommen hat. Letzteres ist, sofern er es nicht entnehmen mußte, völlig gleichgiltig (vgl. Regelsberger, Handbuch. II. S. 390), aber auch ersteres ist es. Vgl. Hartmann, dogm. Jahrbücher. Bd. 20. S. 52.

[1]) Vgl. l. 41. pr. dig. de verb. obl. 45, 1. verbis: quid forte senserit, hoc est, quod inter eos acti sit. l. 3. §. 2. dig. de obl. et act. 44, 7. l. 11. §. 1. dig. de actione empti venditi 19, 1. l. 40. §. 1. 41. pr. de contr. emptione. 18, 1. Vgl. auch l. 24. dig. depositi 16, 3. und l. 240. dig. de verb. sign. 50, 16. Die l. 8. dig. de praescriptis verbis 18, 5 identificirt das id quod actum est mit der lex contractus.

[2]) Vergl. Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen S. 62, welcher mit Recht auf die Synonymität von id quod actum est und id quod gestum est hindeutet. Ueberflüssig ist übrigens die von Röver ausgeführte Begriffsentwickelung desjenigen Gedankens,

zweifellos auf die beiden gegenseitigen Erklärungen hin, und das „inter eos actum“ bezeichnet also den Gedankeninhalt, welcher in diesen Erklärungen liegt.[1])

Diese Feststellung des Sinnes von dem Standpunkte dessen, an welchen die Erklärung gerichtet ist, könnte vielleicht dann Schwierigkeiten machen, wenn die Erklärung für mehrere Personen zugleich bestimmt z. B. ein Correalversprechen an mehrere Gläubiger ist. Hier kann nun jeder unabhängig von dem anderen die Erklärung auslegen und diejenigen Wirkungen als für ihn maßgebend ansehen, welche er von seinem Standpunkte aus für erklärt halten mußte.[2])

---

welchen der Adressat der Erklärung aus ihr entnommen haben würde, wenn er sich nicht geirrt hätte. Dieser Gedanke ist juristisch völlig gleichgültig.

[1]) l. 209. 240. de verbor. sign. 50, 16. l. 8. pr. de praescriptis verbis 19, 5. l. 33. dig. de contrah. emptione 18, 1. l. 10. pr. dig. de lege Rhodia 14, 2. l. 34. dig. de reg. j. 50, 17 (also sogar bei Stipulationen, vgl. jedoch Hartmann, dogmat. Jahrb. Bd. XX. S. 31). l. 6. §. 4. dig. de actione empti et venditi 19, 1. l. 168. dig. de reg. juris 50, 17. Brinz, Pand. S. 1552, meint, das id quod actum est bedeute die in den Vorverhandlungen ausgedrückte Absicht im Gegensatze zu dem Sinne der Schlußredaction (id quod dictum est). Allein, wo die Schlußredaction nach der Absicht der Parteien von den provisorischen Vorverhandlungen abweicht, da entscheidet nur sie, nicht diese. (So mit Recht Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Band I. §. 99.) Richtig ist freilich, daß die Vorverhandlungen sonst ein wichtiges Mittel zur Feststellung des id quod actum est bilden; sie aber mit diesem für identisch zu halten, dazu zwingen die angezogenen Stellen nicht, vgl. namentlich l. 77. dig. de contrah. empt. 18, 1. Die Vorverhandlungen sind eben nicht das einzige Auslegungsmittel; vergl. Regelsberger, Handbuch. II. S. 388.

[2]) z. B. es vermiethet jemand an zwei Personen zu gemeinsamer Benutzung das Zimmer, welches er ihnen gestern gezeigt habe, während er jedem ein anderes gezeigt hat. Jeder kann verlangen, in dem ihm gezeigten Zimmer zu wohnen, den Schaden trägt der Vermiether.

Dies geht freilich bei solchen Rechtswirkungen nicht an, welche einerseits absolute, d. h. gegen alle gerichtete Wirkungen haben und andrerseits nicht, wie die Traditionen, an bestimmte Personen, sondern an einen größeren Interessentenkreis gerichtet sind, wie z. B. die Testamente.

Hier kann unmöglich die Erklärung vom Standpunkte eines jeden Interessenten besonders ausgelegt werden, nur eine einheitliche Auslegung ist möglich. Es würde nun hierbei nur ein Doppeltes denkbar sein: Entweder könnte der Wille des Testators nach seinem Wortlaut ausgelegt oder es könnte auch unter Benützung aller jedem beliebigen Interessenten erkennbaren Auslegungsmittel der vermuthliche Wille des Testators ermittelt werden. Das römische Recht hat den letzteren Weg eingeschlagen, und er ist der einzig vernünftige, da die Testamente wohlthätige Zuwendungen enthalten, welche schlechtweg auf dem guten Willen des Erblassers beruhen.[1])

Wir haben somit für Verträge und Testamente zwar einen gemeinsamen Auslegungsgrundsatz, jedoch einen solchen, welcher hinsichtlich des bei seiner Anwendung einzunehmenden Standpunkts bei relativen, d. h. an bestimmte Personen gerichteten Erklärungen anders behandelt werden muß, als bei absoluten.[2])

---

[1]) Vergl. l. 7. §. 2. dig. de suppellectili legata 33, 10. und fernere Quellenbeispiele bei Kohler, dogmat. Jahrb. Bd. XVIII. S. 158. Vgl. auch Schloßmann, Der Vertrag. S. 122 ff. Windscheid, Archiv für civ. Praxis. Bd. 63. S. 108. Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 50. Der Wunsch Zitelmann's (dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 414. S. 423), für Testamente und Verträge vollkommen identische Auslegungsregeln zu besitzen, ist also bei der verschiedenen Beschaffenheit dieser Rechtsgeschäfte unerfüllbar.

[2]) Wie sind Erbantretungen zu behandeln, welche mehreren Interessenten abgegeben sind und dem einen in einem anderen Lichte erscheinen müssen, als dem anderen? Z. B. der Erbe erklärt zwei Erbschafts-

Die Auslegungsregeln, welche der Contrahent hinsichtlich der an ihn gerichteten Vertragserklärung anzuwenden hat, lassen sich also in eine Norm zusammenfassen, deren Befolgung ein bekanntes Dichterwort als das Zeichen der Bildung hinstellt, nämlich in das Gebot, sich in die Seele des anderen hineinzudenken.[1])

Grundlegend sind hier folgende Stellen: l. 18. §. 3. dig. de instrumento legato 33, 7. (Paulus):

> ..... optimam ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumptione sunt, qui in quaque regione commorantur.

l. 21. §. 1. dig. qui testam 28, 1. (Ulpianus):

> ... utique placeret conjectionem fieri ejus quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis.

endlich l. 50. §. 3. dig. de legatis I. 30. (Ulpianus):

> Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.

---

gläubigern, er wolle sich nunmehr in endgültiger Weise für die zweite der in den Briefen, welche er an sie gerichtet habe, erwähnten Eventualitäten entscheiden, während er in dem einen Briefe die Ausschlagung, in dem anderen die Antretung an zweiter Stelle erwähnt hatte. Werden wir hier auch seinem wahren Willen nachspüren? M. E. handelt es sich hier nicht um eine von ihm erwiesene, vielmehr um eine von ihm begehrte Wohlthat, und es kann daher nur die ihm ungünstigere Auslegung maßgebend sein. Er verliert hiernach die Erbschaft und darf sich demjenigen gegenüber, welcher ihn für antretend halten mußte, nicht auf das Gegentheil berufen.

[1]) Darum ist diese Auslegungsart für ungebildete Zeiten undurchführbar. Die altrömischen Gesetze und Formeln sind für ein Publikum berechnet, welches noch nicht fähig war, sich in die Lage eines anderen hineinzudenken.

Diese Stellen sprechen zwar von Testamenten, allein sie müssen auch von Verträgen gelten, da ja nach dem oben Erwähnten nur der Standpunkt, von welchem aus der Sinn ermittelt werden soll, bei beiden ein verschiedener sein muß, nicht aber der Kreis der von diesem Standpunkte aus anzuwendenden Hilfsmittel der Auslegung. Wir finden aber auch hinsichtlich der Verträge eine fast gleichlautende Auskunft:

l. 31. §. 20. dig. de aedil. ed. 21, 1. (Ulpianus) verbis: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

l. 34. dig. de regulis juris 50, 17 (Ulpianus): Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est: aut si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur.

Schon bei der Feststellung des Wortlautes der Erklärung — und noch vielmehr bei derjenigen des von diesem etwa abweichenden Sinnes — ist also Folgendes nach der Vorschrift des Rechtes zu beachten: In erster Linie müssen sprachliche Eigenthümlichkeiten des Urhebers der Erklärung, sobald sie erkennbar, bei Vertragserklärungen, soweit sie deren Adressaten erkennbar sind, entscheiden.[1]) Erst in zweiter Linie können die Sprachgesetze, denen sich der Erklärende anscheinend unterwirft, in Betracht kommen.[2]) Gehört er einer Personenmehrheit an, welche ihren particularen Sprachgebrauch für sich hat, z. B. der Einwohner-

[1]) Vgl. l. 30. §. 4. dig. de leg. III. 32.

[2]) Vgl. Regelsberger, Handb. II. S. 393. Wächter im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 19. S. 114—125. §. 67. Allg. pr. Landr. I, 4. §. 297. A. L.-R. I. 5. Allgem. Handelsgesetzbuch. Art. 279, 285, 326, 334, 339, 342, 346, 351, 352.

ſchaft einer Provinz, welche einen beſonderen Dialect ſpricht,[1]) ſo kommt, falls der Erklärende nur den Dialect ſpricht,[2]) die Sprache dieſes engeren Kreiſes in zweiter Linie in Frage, erſt in dritter kommt die allgemeine Volksſprache in Betracht und, wenn ſich endlich Geſetze vorfinden ſollten, welche für gewiſſe Parteierklärungen eine Art authentiſcher Declaration liefern,[3]) ſo können dieſe, falls ſie nicht unvernünftiger Weiſe etwas anderes beſtimmen ſollten, nur an letzter Stelle Geltung beanſpruchen; denn es iſt ja der Zweck der Auslegung von Verträgen, dem wahren Willen des Erklärenden, ſo weit als er dem Adreſſaten erkennbar war, auf die Spur zu kommen, und dieſen Zweck erreicht man am beſten, wenn man von den Kreiſen ſprachlicher Gewohnheiten, aus deren Herrſchaftsgebiete eine Erklärung hervorgegangen iſt, immer den dem Erklärenden näheren zuvörderſt zu der Auslegung ſeiner Worte benützt,[4]) alſo zunächſt ſeine erkennbaren individuellen Gewohnheiten, ſodann diejenigen ſeines Standes oder ſeiner Provinz, ſofern er ſich dieſen ausſchließlich zu unterwerfen pflegt,

---

[1]) So iſt z. B. zu beſtimmen, was Rechtens iſt, wenn jemand ſich ein Buch durch den Buchhändler „verſchreiben" läßt. Ihering, Jurisprudenz des tägl. Lebens. VI. Nr. 11.

[2]) Spricht er z. B. neben einander bald platt-, bald hochdeutſch, ſo wird man bei ſeinem Vertrage mit einem in hochdeutſcher Sprache Redenden im Zweifel annehmen dürfen, daß er ſich der letzteren bedient hat.

[3]) z. B. Art. 341 des Handelsgeſetzbuches, „Ein Kauf zur Probe iſt unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes"; aber ſelbſt Art. 323 gehört nach der Meinung des Verfaſſers trotz Art. 1 hierher, weil dieſer letztere unter „Uſancen" nur poſitive Gewohnheitsrechtsſätze, nicht Auslegungsmittel für den Parteiwillen verſtehen kann.

[4]) Natürlich nur, ſofern nicht anzunehmen iſt, daß ſich der Redende dem Sprachgebrauche des Angeredeten angepaßt hat. Dies wird zu vermuthen ſein, wenn erkennbar iſt, daß er auch dieſen Sprachgebrauch kennt.

endlich diejenigen der Nation,[1]) und die gesetzlichen Auslegungsregeln, nach welchen sich der Verkehr in Wirklichkeit nur wenig zu richten pflegt, nur als subsidiäre Hilfsmittel ansieht.[2])

Erst, wenn alle diese Hilfsmittel versiegen, greift der Satz ein, daß bei der zweifelhaften Bestimmung einer Verpflichtung das mindere Maß derselben gilt. arg. l. 34. dig. de div. reg. juris cit. 50, 17. verbis:

> quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est.

Die Consequenz hiervon ist, daß jeder, welcher sich nicht deutlich genug ausdrückt, gewärtigen muß, seine Auslassungen nicht nach seinen eigenen Intentionen, sondern nach denjenigen eines diligens paterfamilias oder der mos regionis beurtheilt zu sehen, daß also eine gewisse diligentia in contrahendo nöthig ist, wenn man nicht Schaden leiden will.[3]) Daß dem aber bei Verträgen

---

[1]) Beispiele vgl. in Ihering's Jurisprudenz des täglichen Lebens I. Nr. 21, 26. 36. 38. II. 9, 19, 21, 24, 26[a], 32. III. 1. IV. 38. V. 13. VI. 11. X. 24. XII. 26. XIII. 16. XIV. 4. XVI. 11, 14.

[2]) So mit Recht das Reichsoberhandelsgericht in mehreren Urtheilen. Entsch. Bd. XI. Nr. 81. S. 243. Bd. XII. Nr. 94. S. 287.

[3]) Der Satz, daß eine diligentia in contrahendo grundsätzlich nicht nöthig sei, ist von Mommsen (Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung der Schuldverträge. 1879) nachzuweisen versucht worden, wobei aber der im Texte angegebene Gesichtspunkt nicht genügend gewürdigt ist. Darüber, daß die Mommsen'schen Beweisführungen im wesentlichen nicht haltbar sind, vergl. des Verfassers Gegenbeweis in der Zeitschrift für Handelsrecht. XXVI. 1881. S. 284—309, und Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 1 ff. Es ist eine vom psychologischen Standpunkte interessante Thatsache, daß gerade bedeutende Gelehrte, welche in der Ausübung ihrer Berufsthätigkeit die höchste diligentia zu prästiren gewohnt sind, ihre ganze Sorgfalt darauf richten, das in dem Verkehrsleben stehende Publikum von der rechtlichen Nothwendigkeit eines ähnlichen Verhaltens zu entbinden.

ſo iſt, darüber laſſen die Quellen keinen Zweifel.[1]) Derjenige qui clarius loqui debuit haftet für das Geſagte, nicht für das Gewollte. Schon hiermit iſt der Lehre der neuerdings herrſchenden Meinung, daß der Einzelwille der Erklärung vorgehe, ein endgültiges Vernichtungsurtheil geſprochen.[2])

Die beiden Sätze, daß der innere Einzelwille gegenüber der äußeren Abrede den Ausſchlag giebt und daß der Adreſſat einer Vertragserklärung ſich auf den ihm erkennbaren Sinn derſelben verlaſſen darf, ſind nach dem Satze des logiſchen Widerſpruches

---

Es erklärt dies ſich wohl daraus, daß man Unterſchiede verſchiedener Gruppen in einer Geſellſchaftsklaſſe, welche man nicht kennt, leicht überſieht. Dem Verkehrsleben entrückt, ſtellt der Gelehrte leicht den redlichen Egoismus des ehrlichen Geſchäftsmannes mit den unſaubern Machinationen, welche in einer moraliſch untergeordneten Culturſtufe als erlaubt gelten, auf eine Linie, und überſieht die tiefe Kluft zwiſchen den verſchiedenen Arten der Geſchäftsleute. Vgl. auch l. 11. §. 1. dig. de a. empt. 19, 1.

[1]) Vgl. über die Auslegung gegen denjenigen, der die Undeutlichkeit verſchuldet hat, Regelsberger, Handbuch. II. S. 393. Anm. 34, 35, und die Urtel des Reichsoberhandelsgerichts. Entſch. Bd. IV. Nr. 13. S. 60. V. Nr. 53. S. 243. XI. Nr. 91. S. 272. XIV. Nr. 136. S. 437. Vergl. Bähr, dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 417. Hartmann, dogm. Jahrbücher. Bd. 20. S. 47. Beſonders unfreundlich ſtellt ſich das Recht dem Verkäufer und dem Vermiether gegenüber (lex 33. dig. de contr. emt. 18, 1. l. 39. dig. de pactis II, 14), weil dieſe das Geſchäftsobject kennen und ſehr leicht durch unklare Redewendungen ihren Mitcontrahenten in eine Falle locken können. Uebrigens beweiſt die l. 29. dig. locati conducti 19, 2, daß in ſolchen Fällen, in denen es ausnahmsweiſe Sache des Miethers war, deutlicher zu reden, weil die Regel des Lebens für eine dem Vermiether günſtige Auslegung ſprach, nicht der Vermiether, ſondern der Miether unter der Zweideutigkeit der gewählten Ausdrücke zu leiden hatte. Aehnlich entſcheidet hinſichtlich des venditor die lex 77. dig. de contrah. empt. 18, 1. Wo der venditor entſchuldigt iſt, da leidet er überhaupt unter der Ungenauigkeit ſeiner Ausdrucksweiſe der Regel nach nicht; arg. l. 21. §. 2. dig. de action. empt. venditi 18, 1.

[2]) So richtig Röver a. a. O. S. 25 ff.

mit einander unvereinbar. Dies hat auch Windscheid anerkannt und, um den ersten, unrichtigen Satz zu retten, den zweiten richtigen fallen gelassen.[1]) Es ist nicht anzunehmen, daß die Praxis ihm, selbst wenn sie es wollte, hierin wird folgen können. Jener Auslegungsgrundsatz ist nicht nur zu unzähligen Malen, namentlich von dem Reichsoberhandelsgerichte, anerkannt worden, sondern er beruht auch auf einem übermächtigen Bedürfnisse und kann so ganz und gar nicht durch eine andere Regel ersetzt werden, daß, nachdem erst einmal seine Unvereinbarkeit mit dem durchaus entbehrlichen Satze von der Erheblichkeit des inneren Einzelwillens erkannt ist, er sicherlich durch die Macht seiner Unentbehrlichkeit diese quellenwidrige Lehre in dem Kampfe um die Herrschaft über kurz oder lang überwinden wird.

Die oben angezogenen Quellenstellen, welche da, wo der individuelle Wille nicht aus besonderen erkennbaren Gründen eine eigenthümliche Ausdrucksform gewählt hat, an die auszulegenden Erklärungen einen Durchschnittsmaßstab[2]) anzulegen bestimmen, ordnen ausdrücklich an, daß auf die Gewohnheiten eines diligens paterfamilias gesehen werden soll.[3]) Man wird also annehmen,

---

[1]) Archiv f. civ. Praxis. Bd. 63. S. 72; vgl. aber dagegen l. 24 (25) de reb. dub. 34, 5: id quod credibile est cogitatum, credendum est und lex 114. dig. de regulis juris 50, 17. In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.

[2]) Denjenigen einer „Musterpartei", Hartmann, dogmat. Jahrb. Bd. 20. S. 76. Vergl. auch Regelsberger, Handbuch. S. 391. l. 43. §. 1. dig. de admin. tut. 26, 7. l. 26. §. 1. de pign. 20, 1. l. 4. pr. de doli mali exc. 44, 4.

[3]) Wenn l. 4. dig. de interd. quod vi aut clam 43, 24 es dem Richter auferlegt, durch seine Auslegung dafür zu sorgen, ne melioris condicionis sint stulti quam periti, so muß es für ihn noch viel wichtiger sein, dafür zu sorgen, daß nicht der Unredliche besser gestellt sei, als der Redliche.

daß ein Contrahent zwar nichts ohne Grund aufopfert, daß er aber Vortheile doch nur insofern begehrt, als sie nicht mit dem Sittengebote im Widerspruche stehen. Wo die Praxis das gegentheilige Verfahren beobachtet, da begünstigt sie den Unredlichen, steigert das Mißtrauen im Geschäftsverkehre und lähmt die redliche Arbeit. Nun giebt es aber, wie schon oben angedeutet wurde, kein Sittengebot, welches die Römer höher stellten, als dasjenige der fides humana: „Erwecke nicht Hoffnungen, die du nicht erfüllen kannst", „Vereitele nicht Hoffnungen, welche du erweckt hast". Dieses Sittengebot wird nun nicht genügend gewahrt, wenn jemand seine unzweideutige Vertragserklärung widerruft.[1]) Man wird vielleicht einwenden: Qui jure suo utitur nemini facit injuriam, allein damit verwickelt man sich in einen Cirkelschluß, denn die Frage, ob der Erklärende ein Recht des Widerrufs habe, sollte ja erst aus seiner vermuthlichen Absicht erwiesen werden.

Wenn also auch wirklich im objectiven Rechte bestimmt wäre, daß es bei Verträgen auf die Uebereinstimmung der Einzelwillen ankäme, so würden wir doch in der Regel aus diesen durch Auslegung die lex contractus entnehmen müssen, daß nur der Sinn der Erklärungen gelten soll, der innere Wille würde von seiner Herrschaft zu Gunsten der Erklärung dann freiwillig abtreten.[2])

Der Grundsatz, daß die verschuldete Zweideutigkeit einer Vertragserklärung die dem Erklärenden ungünstigere Auslegung zur Folge hat, scheint mit anderweitigen Quellenstellen im Wider-

---

[1]) So mit Recht Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 132. S. oben §. 4.

[2]) Vgl. hierüber des Verfassers Ausführungen in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. XXVI. S. 299, und hierzu Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 77.

ſpruche zu ſtehen,[1]) denen zufolge bei einer ambigua oratio auf den wahren Willen der Contrahenten zurückgegangen werden ſoll. Die Stellen ſind folgende: l. 80. dig. de verborum obligationibus 45, 1. (Ulpianus):

> Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.

Dieſe Stelle ſetzt Stipulationen voraus. Von ſolchen kann aber nur die Rede ſein, wenn beide Parteien ſich erklärt haben; denn vorher iſt höchſtens eine Offerte vorhanden. Unter der ambigua oratio kann alſo in dem vorliegenden Falle nichts anderes verſtanden ſein, als der Inhalt des Stipulationsformulars. Iſt dieſes dunkel, ſo trifft beide Theile gleiche Schuld,[2]) den Stipulator, daß er ungenau fragte, den Stipulanten, daß er auf eine ſolche Frage antwortete.[3]) Der gewöhnliche Interpretationsgrundſatz, daß gegen denjenigen, qui clarius loqui debuisset, ausgelegt werden ſoll, räumt hier alſo die Zweideutigkeit nicht fort. Würde er Platz greifen, ſo würde die oratio zwar ambigua ſein, jedoch nur nach dem Wortlaute, nicht nach dem dieſem zu Grunde zu legenden Sinne. So entſcheidet denn auch die lex 110. §. 1. de verb. obl. 45, 1:

> Si stipulatus fuero de te: „vestem tuam quaecumque muliebris est dare spondes?“ magis ad mentem stipulantis quam ad mentem promittentis id referri debet, ut quid in re sit aestimari debeat, non quid senserit

---

[1]) So Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 37.

[2]) Möglich iſt auch, daß keiner von beiden die Schuld an der Zweideutigkeit der Erklärung trägt. Auch dann gilt das im Texte Geſagte.

[3]) Auch ſonſt ſprechen die Quellen mit Recht von einer oratio ambigua. l. 33. dig. de contr. emptione 18, 1. l. 96. dig. de reg. juris 50, 17.

promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti nihilominus debetur.

In der That ist es etwas anderes, ob ein Promittent Männer- und Weiberkleider mit einander verwechselt — ein verschuldeter und von Seiten des Stipulanten nicht vorhersehbarer Umstand — oder ob jemand z. B. einen Sklaven mit dem weitverbreiteten Namen Stichus versprechend an eine andere Person denkt, als der Promissar. Hier ist dieser, welcher sich über die Identität des gemeinten Sklaven nicht vergewissert, ebenso nachlässig wie der Promittent; die oratio ist also auch ihrem Sinne nach ambigua und kann durch die üblichen Auslegungsregeln nicht dieser Zweideutigkeit entkleidet werden. In solchem Falle sind überhaupt nur zwei Auswege denkbar. Entweder man müßte die Stipulation für unklar und deshalb für nichtig halten oder annehmen, daß die Parteien ihre zweideutige Rede nach ihren inneren Absichten, auch so weit diese nicht bei dem Vertragsschlusse erkennbar waren, ausgelegt zu sehen wünschen, und dann also ausnahmsweise auf diese zurückgehen. Nur die letztere Methode ist die römische; denn nur sie ist dasjenige Mittel, quo res qua de agitur in tuto sit (l. 80. cit. 45, 1). Sie ist aber ausdrücklich anerkannt und zwar in einer für gewöhnlich in beklagenswerther Weise verstümmelten Stelle,[1]) der lex 3. dig. de rebus dubiis 34, 5. (Paulus):

In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus. Itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur.[2])

---

[1]) Vgl. Windscheid, Archiv. Bd. 63. S. 83, 84.

[2]) Die Stelle wird vollständig gelesen von Röver a. a. O. S. 20 und S. 30, welcher sie jedoch nicht richtig auffaßt, und von Hartmann,

Aus dem „itaque“ geht hervor, daß der zweite Satz nur von einem ambiguus sermo handelt und aus der vorausgeschickten These einen Schluß zieht. Diese These handelt von einem ambiguus sermo [1]) und einem davon verschiedenen, also einem blos inneren Willen. Dieser letztere soll also im Nothfalle Auskunft geben. Wenn daher zwei Contrahenten über „ein Haus“ des einen verhandeln, und dieser zwei besitzt, so gilt die Abrede von dem von beiden Parteien wirklich in Bezug genommenen. Wenn daher (itaque), so fährt die Stelle fort, jemand in solchem Falle etwas anderes will, als was er in dem ambiguus sermo gesagt hat, so ist ein Rückgriff auf seinen wahren Willen zur Entscheidung der erklärten Alternative nicht möglich, da sich in seinem inneren Willen keine dieser beiden Möglichkeiten, sondern ein Drittes vorfindet und dann gilt weder das Gesagte, noch das Gewollte, jenes nicht, weil es nicht gewollt, dieses weil es gar nicht, auch nicht einmal ambigue erklärt ist. So z. B. wenn jemand zwei Häuser besitzt, demnächst „sein Haus“ verspricht, in Wahrheit aber seine Wiese meint. Hier muß der Vertrag allerdings wirkungslos sein, der innere Wille liegt dann ganz außerhalb der Erklärung.

So ausgelegt bestätigt die Stelle die Regel, daß der innere Wille nicht entscheidet und fügt ihr eine wichtige, aber sehr ver-

---

dogm. Jahrb. Bd. XX. S. 37. Man pflegt zum Beweise der herrschenden Meinung den Sinn der Stelle durch Weglassung des ersten Satzes und des Anfanges des zweiten zu ändern. Celsus, sonst kein Muster von Höflichkeit, dürfte sich doch ziemlich civil ausdrücken, wenn er ein solches Verfahren ein unciviles nennt (l. 24. dig. de legibus 1, 3. Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere).

[1]) Hartmann, der dies bezweifelt a. a. O. S. 37, geht hierdurch seines besten Beweismittels verlustig.

ſtändige Ausnahme für den Fall einer ambigua oratio hinzu. Dieſe Ausnahme iſt aber auch noch anderweitig bezeugt. Vgl. l. 125. dig. de verbor. signif. 50, 16. (Proculus) verbis:

> nam qui ambigue loquitur, id loquitur quod ex his quae significantur sensit.[1])

Die ſoeben entwickelte Theorie erklärt auch eine Stelle, in welcher ſelbſt Cujacius[2]) eine unnöthige Textesverbeſſerung für nöthig hielt, die lex 34. pr. dig. de contr. empt. 18, 1. In derſelben ſagt Paulus:

> Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit nihilo

---

[1]) Die l. 25. §. 1. dig. de legatis III. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio befindet ſich in der Legatenlehre und ſteht mit vielen andern Stellen, z. B. l. 69. pr. de leg. III. im ſchroffen Widerſpruche, ſo daß wir ſie alſo, da jede Vereinigung unmöglich iſt, nicht beachten dürfen, da zweifellos bei Teſtamenten das klarſte Wort durch einen anderweitig erkennbaren widerſprechenden Willen hinfällig wird. Auch für die richtige Meinung läßt ſie ſich nicht verwerthen, weil ſie viel zu viel beweiſt. — Wie kam nun jener widerſinnige Satz in die Pandekten? Möglicher Weiſe erfolgte ſeine Aufnahme nicht durch die Schuld des Paulus, ſondern durch diejenige der haſtigen Compilatoren welche vielleicht hinter quaestio die Papierſcheere angeſetzt und weitere Erörterungen, denen zufolge die Stelle ſich auf Vertragserklärungen bezog, beſeitigt haben; weil aber kurz vorher in dem principium unſerer Stelle von Legaten die Rede war, ſo kam auch der §. 1 mit in dieſe Lehre. Auf Vertragserklärungen angewandt, giebt er einen vortrefflichen Sinn, nämlich: „Nur bei zweideutigen Vertragserklärungen wird auf den inneren, nicht erklärten Willen geachtet, ſonſt nur auf den erkennbaren Sinn.“ Vielleicht bedeutet jener §. 1 auch nur etwas, was im vorliegenden Falle, nicht etwas, was überhaupt gelten ſoll. Dies iſt ſicherlich das Wahrſcheinlichere.

[2]) Vgl. Hartmann's Auslaſſungen, Bd. 20. S. 53 u. 54. Anm. 34. Cujacius, observ. lib. I. c. 10, will leſen: emptor ſtatt venditor. Windſcheid, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 63. S. 107. Anm. 48, nimmt hier eine generiſche Obligation an. Vgl. dagegen Hartmann a. a. O.

minus fundi venditionem valere constat: sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit.

Wir sehen in dieser Stelle, wie es gehalten werden soll, wenn die oratio, der übereinstimmende Sinn der Erklärungen ambigua ist, man demnächst auf den inneren Willen zurückgreift und nunmehr auf einen Widerspruch der beiden inneren Willen stößt. Hier ist der Vertrag trotz des Widerstreites der inneren Absichten doch dann giltig, wenn dieser Widerstreit sich auf einen Punkt bezieht, welcher in der lex contractus als Nebensache bezeichnet, von welchem also beiderseits erkennbar gemacht worden war, daß von seiner Realisirung die Giltigkeit des gesammten Geschäftes nicht unbedingt abhängen solle. In solchem Falle wird also wegen des Vertrages über die Hauptsache der Vertrag über die Nebensache mitaufrechterhalten und nach dem Satze: in dubio pro reo [1]) dem Schuldner die Wahl überlassen, welche von den beiden in der lex contractus ununterschieden erwähnten Leistungen er machen will.

Hieraus würde sich schon durch ein argumentum e contrario mit Leichtigkeit entnehmen lassen, wie es zu halten ist, wenn hinter der ambigua oratio eine Verschiedenheit des Willens hinsichtlich

[1]) Der Satz, daß im Zweifel für den Verpflichteten zu interpretiren ist (l. 47. dig. de obl. et act. 44, 7), steht also bei der ambigua oratio in letzter Linie und greift nur Platz, wenn die Auslegung zu Ungunsten des Nachlässigen nicht fruchtet, eine Differenz der Parteiabsichten besteht und es sich um einen Nebenpunkt handelt. Regelsberger (Handbuch, Bd. II. S. 394) will den Satz bei einseitigen Verträgen anscheinend unbedingt gelten lassen (vgl. dagegen l. 110. §. 1. cit. dig. 45, 1), bei zweiseitigen nur für solche Bestimmungen, welche „nicht unmittelbar die Gegenleistung normiren". Dieser letztere Begriff wird sich in der Praxis schwer abgrenzen lassen. Nach der Meinung des Verfassers ist der Schuldner, zu dessen Gunsten im äußersten Nothfalle interpretirt werden soll, immer der Schuldner derjenigen Leistung, deren Festsetzung undeutlich ist. Vgl. auch §§. 253, 255, 267, 268, 269. Allg. preuß. Ldr. I. 5.

des hauptsächlichen Vertragspunktes steht;[1]) die Nichtigkeit des Vertrages müßte die nothwendige Folge hiervon sein. Dies ist nun ausdrücklich anerkannt in der l. 83. §. 1. de verb. obl. 45, 1. (Paulus):

> Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.

Vgl. ferner §. 23. inst. de inutil stipul. 3, 19:[2])

> nulla erit obligatio ... veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Die Ergebnisse des bisher Ausgeführten lassen sich also in dem Folgenden dahin zusammenfassen:

Die gegenseitigen Vertragserklärungen sind eine jede vom Standpunkte des Adressaten dahin auszulegen, daß zunächst auf die individuellen Absichten des Erklärenden und, wo solche nicht erkennbar sind, auf diejenigen Absichten, welche bei Personen von der Art des Erklärenden üblich zu sein pflegen, gesehen werden soll. Enthalten die so ausgelegten Willenserklärungen einen mehrdeutigen Gedanken, so ist zunächst zu beachten, ob die Mehrdeutigkeit durch den einen Contrahenten allein verschuldet ist oder nicht. Im ersteren Falle gilt das diesem Ungünstigere. Im andern Falle[3]) ist anzunehmen, daß die Parteien die Abrede nach ihren beiderseitigen nicht erkennbaren Absichten ausgelegt zu sehen wünschen. Stimmen diese in einem als hauptsächlich verabredeten Punkte nicht überein, so ist das Geschäft nichtig; betrifft die Disharmonie einen als Nebensache behandelten Punkt, so ist das Geschäft giltig,

---

[1]) d. h. eines solchen, dessen richtige Festsetzung eine von beiden anerkannte Vorbedingung der Geltung des Geschäftes sein soll.

[2]) Der Anfang der Stelle kann erst unten in der Lehre vom dissensus in re gewürdigt werden.

[3]) Dieser wichtige Fall bleibt oft unerörtert, vergl. z. B. Regelsberger, Handbuch. II. S. 394.

und der Schuldner hat die Wahl unter den in der mehrdeutigen Erklärung enthaltenen Leistungen. Ueberhaupt wird dann und nur dann zu Gunsten des Schuldners der undeutlich fixirten Leistung interpretirt.[1] [2])

Es wurde bisher immer vorausgesetzt, daß die Parteien selbst die lex contractus erzeugt haben. Wo diese ausnahmsweise aus dem Kopfe eines anderen herrührt, z. B. eines Vertreters oder des Verfassers eines von den Parteien benützten Formulars oder des Nachlaßrichters oder auch eines Notars u. dergl., da wird der Inhalt der Vertragsnorm nicht nach der Rede- und Denkweise der Parteien, sondern nach derjenigen dieses dritten Urhebers der lex contractus bestimmt werden müssen.[3])

---

[1]) l. 47. dig. de obl. et act. 44, 7 (s. oben S. 187. Anm. 1.)

[2]) Die eventuelle Ergänzung der oratio ambigua durch den inneren Willen findet ein Analogon in der Gesetzesinterpretation. In erster Linie wird man aus dem Gesetze keinen Gedanken herauslesen dürfen, welcher dem Durchschnittsmenschen des Personenkreises, welchem es publicirt ist, nicht erkennbar sein kann. Nur wenn sich für diesen eine offenbare Zweideutigkeit als Inhalt des Gesetzes darstellt, ist es gestattet, auch durch solche Hülfsmittel, welche der großen Menge nicht zugänglich sind, noch über den erkennbaren Sinn des Gesetzes hinaus in den Willen des Gesetzgebers einzudringen. Wo auch dieser Weg nicht zum Ziele führt, da, aber auch nur da, muß der Richter diejenige von zwei Möglichkeiten wählen, welcher er selbst als Gesetzgeber bestimmt haben würde.

[3]) Der Verfasser erinnert sich, in einer märkischen Provinzialstadt bei den Verträgen von Bauern gerichtliche Kaufformulare ausgefüllt zu haben, in welchen ein Paragraph über den Verzicht auf die Rechtsmittel wegen laesio enormis handelte und völlig unverstanden von den Contrahenten unterzeichnet zu werden pflegte. Dieser war sicherlich im Sinne des juristischen Verfassers, nicht in demjenigen der Parteien auszulegen. — Auch der Inhalt von Gesetzen pflegt nicht nach dem vermuthlichen Willen des oder der Träger der Gesetzgebungshoheit, welche ihn vielleicht gar nicht kennen, sondern nach den erkennbaren Intentionen desjenigen, aus dessen Haupte der gesetzgeberische Gedanke entsprang, ausgelegt zu werden. Natürlich geht der erstere, wenn er in erkennbarer Weise von dem letzteren abweicht, diesem vor. So z. B. in dem Falle der duplex interpretatio.

§. 10.

Der Sinn einer stillschweigenden Erklärung.[1])

Es herrscht kein Zweifel darüber, daß ein Vertrag dann unverbindlich ist, wenn die Parteien ihn ausdrücklich von einer unmöglichen conditio in praesens relata, z. B. einer Eigenschaft des Geschäftsobjectes, abhängig machen.[2]) Es ist ferner zweifellos, daß dies auch dann der Fall ist, wenn beide irrthümlich die Bedingung für erfüllt halten, sie aber dennoch zur größeren Sicherheit ausdrücklich festgesetzt haben.

Muß nun nicht auch das Gleiche gelten, wenn die Bedingung nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend festgesetzt worden ist?

Es scheint, als ob manche dies werden verneinen wollen.[3]) Es macht sich überhaupt neuerdings die Neigung geltend, gewisse Bestimmungen von Verträgen, welche nur selten in stillschweigender

---

[1]) Vergl. zu dem Folgenden Glück, Pandektencommentar. Bd. IV. S. 88 ff. Savigny, System. Bd. III. §. 132. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. I. §. 18. 3. Aufl. S. 152. Brinz, Pandekten. 1. Aufl. S. 1551—1590. Schliemann, Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861. S. 103 ff. Schloßmann, Der Vertrag. S. 326. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. §. 94. 3. Auflage. S. 199, 200. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 256—268. Hartmann, dogmat. Jahrb. Band XX. S. 44 ff. Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. S. 387 ff. Keiner dieser Darstellungen vermag der Verfasser unbedingt beizutreten.

[2]) l. 120 dig. de verb. obl. 45, 1.

[3]) Zitelmann (S. 597), welcher meint, daß der error in qualitate nur entkräfte, wenn die Eigenschaft „in der Form" der Bedingung zugefügt sei, scheint nur ausdrückliche Bedingungen zu kennen. In ähnlichem Sinne Göppert, kritische Vierteljahrsschrift. Band 14. S. 427. Anders Cujacius, opera Neapoli 1758. I. p. 920. C. in stipulatione dotis inest haec condicio: si nuptiae sequantur. Anders auch Savigny. III. §. 137. Anm. 1 in der Lehre vom error in substantia. Beispiele stillschweigender Resolutivbedingungen vergl. bei Regelsberger, Handbuch. II. S. 419. Anm. 14.

Form vorkommen, geradezu nur dann als giltig anzuerkennen, wenn sie ausdrücklich abgeschlossen sind.[1])

Dies entspricht wohl den Vorschriften über Formalgeschäfte,[2]) dem für die freieren Geschäfte des jus gentium bestimmten römischen Rechte entspricht es nicht. Dies proclamirt ohne alle Einschränkung die Gleichstellung der stillschweigenden Vertrags-Erklärung mit der ausdrücklichen in der l. 2. pr. dig. de pactis 2, 14 (Paulus):

> Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse sed etiam tacite consensu convenire intelligitur.[3])

An dieser Gleichstellung zu zweifeln liegt sonach keine Veranlassung vor.[4]) Trotz dieser praktischen Gleichgültigkeit des

---

[1]) Diese Tendenz hat sogar zu Particularvorschriften geführt, welche diesen Unterschied sanctioniren; vgl. §. 38, I. 5 des preußischen allgemeinen Landrechts und ebenda §. 77. I. 4, und über stillschweigende Entsagungen nach preuß. Rechte Dernburg, Lehrbuch. §. 85. Anm. 10. Freilich wird dabei der Begriff des „Ausdrücklichen" in einem besonderen Sinne genommen (vgl. Dernburg a. a. O. §. 94. Anm. 12). — In noch schrofferer Weise unterschätzte Brissonius die Bedeutung der tacita voluntas, indem er das velle als ein expressis et dissertis verbis testari definirt; vergl. dagegen l. 2. dig. de pactis II. 14 und oben S. 3.

[2]) A. M. Schliemann, Lehre vom Zwange. S. 103. Anm. 6, doch ohne nähere Ausführung. Nur nach dem Satze: pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur (l. 40 de reb. cred. 12, 1) kommen stillschweigende Abreden auch bei Stipulationen in Betracht. — Schliemann's Behauptung (S. 112. Anm. 13), daß die auctoritas tutoris auch stillschweigend ertheilt werden konnte, ist sicherlich nicht haltbar. Ueber die strengere Auslegung von Formalgeschäften vgl. namentlich Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. I. S. 333. §. 35. Anm. 28b.

[3]) Vergl. hierzu Glück's Pandektencommentar. Bd. IV. S. 88 und Schliemann, Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861. S. 103. Anm. 7. l. 57. pr. dig. de pactis 2, 14. l. 13. §. 11. dig. loc. cond. 19, 2.

[4]) Wie kommt es, daß dieser Zweifel, den im allgemeinen auszusprechen niemand gewagt hat, doch im einzelnen, wie wir sahen, zu

Unterschiedes zwischen den ausdrücklichen und den stillschweigenden Erklärungen ist dennoch die Begriffsbestimmung des tacite convenire von außerordentlicher exegetischer und somit von praktischer Bedeutung.[1]) Wir werden daher bei ihr die engste Fühlung mit den Quellen suchen[2]) müssen, vorher aber, wie oben, die Beseitigung verbreiteter Mißverständnisse versuchen und zunächst nachweisen müssen, was die stillschweigende Erklärung *nicht* ist, womit sie jedoch bisweilen verwechselt wird.

Drei Begriffe sind es insbesondere, mit welchen sie sich zwar berührt, ohne jedoch mit ihnen, wie man irriger Weise bisweilen voraussetzt, zusammenzufallen, die *schwerverständliche* und die *unbeabsichtigte* Erklärung, endlich die *Erklärung mit doppeltem Zwecke*.

---

quellenwidrigen Einschränkungen des Gebiets der stillschweigenden Erklärungen hinführt? Vielleicht aus einer Verwechslung der nicht-ausdrücklichen Erklärung mit der undeutlichen, vielleicht auch daraus, daß der Grundsatz der Formlosigkeit und die mit ihm enge verknüpfte Zulassung stillschweigender Erklärungen einen hohen Grad freien richterlichen Ermessens verlangt, wie ihn zwar das römische Proceßrecht, nicht aber das artikulirte Verfahren des Mittelalters, die hohe Schule des Formalismus und der Engherzigkeit, gewährte. Erst seitdem wir von diesen spanischen Schnürstiefeln befreit sind, verlernen wir die Scheu vor der Anwendung der freien Rechtsgrundsätze des klassischen römischen Rechtes.

[1]) Verläßt man den Boden der Quellen, so schwebt man, da sich bei uns ein fester Sprachgebrauch nicht gebildet hat, völlig in der Luft.

[2]) *Zitelmann* freilich von seinem philosophisch-souveränen Standpunkte scheint auf die Uebereinstimmung des von ihm definirten stillschweigenden Vertrages mit dem tacite convenire der Quellen kein Gewicht zu legen (Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 256 ff.). Er sieht z. B. in l. 57 pr. dig. de pactis 2, 14 eine ausdrückliche Erklärung (S. 266). Darum sind auch die Ergebnisse seiner scharfsinnigen und an eigenartigen Gedanken reichen Ausführungen ohne unmittelbare Bedeutung für die Auslegung und die Anwendung des römischen Rechtes.

Was zunächst die schwerverständliche Erklärung betrifft, so liegt es darum so nahe, sie mit der stillschweigenden zu verwechseln, weil das Wort „ausdrücklich" neben der gerade hier wichtigen noch eine andere juristische Bedeutung hat. In der erstern heißt es so viel wie deutlich oder in nicht mißverständlicher Weise[1]) und bildet den Gegensatz des Undeutlichen, nicht des Stillschweigenden.[2]) Dieser Begriff des tacite convenire ist ein in Anlehnung an die Quellen formulirter juristischer Begriff, welcher keineswegs mit dem Undeutlichen identisch ist. Es giebt stillschweigende Erklärungen von erschreckender Deutlichkeit.[3])

Auf die von Bekker[4]) aufgeworfene Frage, ob es eine ausdrückliche Erklärung sei, wenn jemand sich aus der Ferne durch ein verabredetes Signal, z. B. ein buntes Fähnchen, bei seinem Bäcker Brot bestellt, lautet somit die Antwort, daß eine solche Erklärung in dem erstgenannten[5]) Sinne ausdrücklich, weil deutlich, ist, darum aber immerhin in dem hier wichtigen Sinne nicht ausdrücklich, weil stillschweigend abgegeben sein kann und, wie wir unten sehen werden, auch ist.

---

[1]) Nur in diesem Sinne kann man mit Dernburg (Lehrbuch §. 94 Anm. 12) sagen, daß es eine ausdrückliche Erklärung sei, eine Waare aus dem Kaufmannsladen schweigend mit sich zu nehmen.

[2]) So in der Betheuerung, man habe etwas ausdrücklich gesagt, oder in der Behauptung, daß etwas in einer Stelle ausdrücklich anerkannt sei und dergl.

[3]) z. B. die Ablehnung eines Geschenkes durch Wegwerfen seines Gegenstandes; vgl. auch Carlos in Göthe's Clavigo (4. Act): „Wer den Bruder einstecken läßt, giebt pantomimisch zu verstehen, daß er die Schwester nicht mag."

[4]) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. III. S. 206.

[5]) Daß dieser Sinn auch bei Juristen gebräuchlich, vielleicht unentbehrlich ist, soll nicht bestritten werden. Man muß also immerhin ihn beibehalten, nur soll man dann nicht die beiden Bedeutungen des Wortes „ausdrücklich" übersehen.

Gefährlicher, als die Verwechslung der stillschweigenden Erklärung mit der undeutlichen ist diejenige mit der unbeabsichtigten.[1]) Allein die stillschweigende Erklärung kann sehr wohl als solche beabsichtigt sein;[2]) man denke z. B. an den stillschweigenden Schulderlaß Fuggers durch das Verbrennen der Schuldscheine in Gegenwart des Kaisers und dergl. Sie kann freilich ebenso, wie „Steine redend zeugen" (Brinz, Pand. S. 1553), auch einen dem Erklärenden unerwünschten Einblick in dessen Inneres gewähren, doch auch die ausdrückliche kann es. Man denke an den Ausruf des bekannten Freundes des Timotheus, an ein Schuldbekenntniß im Somnambulismus oder durch Reden im Traume, oder an die unerwünschte Absendung einer Offerte aus Zerstreutheit. Ist die Unabsichtlichkeit erkennbar, so kann ein wirksamer Vertrag aus einer solchen Erklärung nicht entstehen. Nach der herrschenden Meinung sogar dann nicht, wenn sie nicht erkennbar ist. Wäre also die stillschweigende Erklärung mit der unabsichtlichen identisch, so würde es stillschweigende Verträge nach der herrschenden Lehre überhaupt nicht geben.

Die Absichtlichkeit ist also kein Kriterium der Ausdrücklichkeit.[3]) Endlich ist noch derjenige Begriff zu erwähnen, welcher am

---

[1]) Vgl. z. B. Windscheid, Archiv f. civil. Praxis. Bd. 63. S. 74. „In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrucke stillschweigender Willenserklärung bezeichnet, wird auf den Willen einer Person geschlossen aus Handlungen dieser Person, welche dieselbe nicht zu dem Ende vorgenommen hat, um ihren Willen zu erklären." Anders Pandekten, 5. Aufl. §. 72.

[2]) arg. l. 2. dig. cit. 2, 14. sed etiam tacite consensu convenire intelligitur, et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem.

[3]) Nach dem im Texte Ausgeführten kann es auch durchaus nicht als richtig zugegeben werden, daß, wie viele, z. B. Hesse, dogm. Jahrb. Bd. 15. S. 73, behaupten, zu der stillschweigenden Erklärungshandlung eine größere Kenntniß von ihrer Bedeutung gehöre, als zu der ausdrücklichen. Nur bei den Erklärungen durch reines Schweigen ist dies richtig (s. unten). Sollte

häufigsten mit den stillschweigenden Erklärungen verwechselt ist: die Erklärung mit einem doppelten Zwecke.[1]) Es ist allerdings richtig, daß die meisten stillschweigenden Erklärungen, namentlich diejenigen, welche aus der ausdrücklichen Erklärung eines anderen Gedankens gefolgert werden, Handlungen mit einem doppelten Zwecke sind. Wer z. B. nach Ablauf der Miethszeit den Zins weiterzahlt, will zugleich einen Entgelt für die Fortbenützung der Wohnung abtragen und sein Einverständniß mit der Fortdauer des Miethscontractes erklären.[2]) Allein zunächst kann bei gewissen Fällen stillschweigender Zustimmung von einem Doppelzwecke überhaupt nicht die Rede sein. Namentlich da nicht, wo das bloße Schweigen als Zustimmung gilt.[3]) Wer wissentlich eine seinem Rechte widerstreitende Anstalt für den Abfluß des Regenwassers durch seinen Nachbar errichten läßt,[4]) hat nicht immer bei diesem Verhalten noch einen andern Zweck, als denjenigen einer Genehmigung der Anstalt. Andrerseits giebt es aber auch ausdrückliche Erklärungen mit einem Doppelzweck. Man

---

vielleicht hier und da das Wort „ausdrücklich" in dem Sinne von „absichtlich" gebraucht sein, so könnte man dies nur für einen unjuristischen und sogar incorrecten Sprachgebrauch halten.

[1]) So definirt v. Savigny, System. Bd. III. S. 245, „Handlungen, welche zwar selbständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen." Noch mehr ist dies bei Arndt's Pandekten, §. 64, auf die Spitze getrieben: „Giebt der Wille sich auf eine Weise zu erkennen, welche nicht geradezu den Zweck hat, eben diesen Willen zu erklären, so heißt dies eine stillschweigende Willenserklärung." Sollte der Gläubiger, welcher den Schuldschein vor dem Schuldner vernichtet, nicht ganz ebenso den Zweck verfolgen, den Willen des Schulderlasses zu erklären, wie derjenige, der dies ausdrücklich thut? Vgl. auch Dernburg, Lehrbuch. I. §. 94.

[2]) l. 13. §. 11. dig. de actione locati cond. 19, 2.

[3]) So mit Recht Schliemann, S. 101. Anm. 2.

[4]) l. 19. dig. de aqua et aqu. pluv. arc. 39, 3.

denke an den Kauf eines Hauſes ſeitens einer Perſon, welche unter der Bedingung dieſes Geſchäftes ein Vermächtniß erhalten hat.[1])

Wenn wir nunmehr zu den Quellen übergehen, ſo können wir aus der Etymologie des Wortes tacite nicht viel entnehmen, weil es offenbar aus einer Zeit ſtammt, in der der mündliche Geſchäftsabſchluß die Regel war. Damals paßte dieſer Ausdruck; denn jede ausdrückliche Erklärung eines Gedankens war damals eine laute, jede andere eine ſtillſchweigende, auch diejenige, bei der man einen Gedanken dadurch erklärte, daß man einen andern verlautbarte[2]) und hierdurch den erſteren zu einem nur durch eine Folgerung erkennbaren machte; denn man verſchwieg dieſen, wenn man ihn auch nicht verbarg. Ueberhaupt ſind die Begriffe ausdrückliche Erklärung und ſtillſchweigende in den Quellen nicht in ſolcher Schärfe, wie es neuerdings geſchieht, einander gegenübergeſtellt,[3]) dennoch entſprechen ſie aber durchaus dem Inhalte derſelben. Der Begriff des „Ausdrücklichen" erſcheint als Gegenſatz des tacitum nicht anders, als mit einer Beziehung auf Worte oder Formeln, wobei unter Worten ſicherlich nicht blos

---

[1]) Vergl. über die Handlungen mit einem Doppelzwecke namentlich Ihering, Geiſt des römiſchen Rechtes. 3. Aufl. Th. II. §. 37. S. 316. Anm. 473. l. 44. dig. de solut 46, 3. l. 3. §. 12. dig. de donat. inter vir. et uxorem 24, 1. (celeritate actionum inter se conjungendarum unam occultari.) Vergl. Lotmar, über causa, S. 43 ff., Karlowa, Rechtsgeſchäft. S. 169 ff.

[2]) z. B. den Auftrag, eine für den Redenden erworbene Sache zu verkaufen, welcher eine Genehmigung des Erwerbes enthält, den Schulderlaß an den Erbſchaftsſchuldner, welcher eine Erbantretung bedeutet u. ſ. w. Vgl. Dernburg, Lehrbuch. §. 94. Schliemann, S. 108.

[3]) Paulus unterſcheidet in der lex 2. cit. 2, 14 das convenire re, das convenire per epistolam vel per nuntium und drittens das tacite convenire.

die gesprochenen, sondern auch die geschriebenen[1]) zu verstehen sind. So namentlich in der lex 38 dig. de oblig. et action. 44, 7 (Paulus):

> Non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis (durch den nach dem Sprachgesetze gebildeten entsprechenden Ausdruck) significaretur.[2])

Nach dieser Stelle kommt es bei demjenigen, was die Quellen ausdrückliche Erklärung eines Gedankens nennen, gerade darauf an, ob der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert worden ist.[3]) Auf das Mittel der Aeußerung kommt es nicht an,

---

[1]) „Wort" bedeutet hier also im weiteren Sinne einen oder mehrere Buchstaben, welche nach dem Sprachgesetze eine bestimmte Bedeutung haben.

[2]) Vergl. auch noch folgende Redewendungen: Non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse Gajus. III. 76. si expresserit judex summam in sententiis l. 59. pr. de re jud. 42, 1. Interdum haec adjectio testatoris voluntatem exprimit l. 13. pr. dig. de hered. inst. 28, 5. oratio quam exprimunt litterae l. 38. dig. de obl. et a. 44, 7. id nisi palam verbis exprimitur l. 99. pr. dig. de v. o. 45. 1. Nulla formula ad condictionis fictionem exprimitur. Gajus. IV. 33. Vgl. auch l. 52. §. 9. de obl. et act. 44, 7: etiam nudus sufficit consensus, quamvis verbis hoc exprimi possit.

[3]) So definirt Brinz (S. 1553) durchaus richtig die ausdrückliche Erklärung eines Gedankens als „den Ausdruck des Gedankens, welcher diesen direct enthält, sobald man sie lediglich nach den Regeln der Grammatik und der Syntax betrachtet". Schliemann meint, die ausdrückliche Erklärung durch Worte sei nur eine Unterart der ausdrücklichen Erklärung. (S. 104. Anm. 7 a. E.) Wahrscheinlich ist bei ihm wieder die Verwechslung des Ausdrücklichen mit dem Deutlichen mituntergelaufen. — Schloßmann, Vertrag. Seite 326, faßt den Thatbestand des stillschweigenden Versprechens im allgemeinen richtig auf, ist aber dabei von der ihm eigenthümlichen Verschmelzung der Contracts- und der Delictsforderungen be-

die Schriftsprache steht der mündlichen völlig gleich.[1]) Insoweit es Zeichensprachen giebt, welche die einzelnen Worte wiedergeben, wie z. B. diejenige der Taubstummen, werden wir sie der Schriftsprache gleichstellen müssen. Dies wird indirekt dadurch erwiesen, daß das Zeigen auf einen Menschen genau so viel gelten soll, wie die Nennung seines Eigennamens.[2]) Was aber von den Eigennamen gilt, muß auch von den andern Wörtern der Sprache gelten.[3]) Dies gilt aber nicht von solchen Geberden, welche nicht bestimmte Worte in formulirten Sätzen, sondern in anderer Weise Gedanken direct wiedergeben.[4]) Diese enthalten stillschweigende

---

einflußt. Diese kann der Verfasser von seinem Standpunkte aus nicht billigen, da die Wissenschaft nicht zusammenfügen soll, was die Quellen scheiden.

[1]) Auch Zitelmann legt zu wenig Gewicht auf die grammatische Formulirung des Erklärungsinhalts und zu viel auf das Erklärungsmittel, wie aus dem originellen Vergleiche, S. 262, hervorgeht. Wenn Brinz, S. 1557, meint, das factum concludens werde neben seinem eigentlichen Zwecke noch nebenher zum Worte, so stimmt der Verfasser dem nur dann bei, wenn hier unter „Wort" nichts anderes als „irgend ein Gedankenausdruck" verstanden sein soll.

[2]) arg. l. 6. dig. de rebus creditis 12, 1. l. 59 (58) dig. pr. de hered. instit. 28, 5. Vgl. auch l. 9. §. 8. dig. eodem.

[3]) Auch das Kopfnicken bedeutet das bestimmte Wort „Ja" und enthält also auch eine ausdrückliche Erklärung. Vgl. Brinz, Pand. S. 1557. Schliemann, S. 105. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 368.

[4]) So z. B. die Geberde des Trinkens seitens eines Taubstummen, der sich dadurch bei dem Kellner ein Glas Bier bestellen will. Nach Schliemann, S. 105, und nach Zitelmann (S. 264) (ähnlich Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 387) sind alle solche Handlungen ausdrückliche, welche nach der Verkehrssitte oder der Regel des Lebens einen Gedanken auszudrücken bestimmt sind. Hiernach würde also z. B. das Heranwinken einer Droschke eine ausdrückliche Offerte sein. Allein die Wiedergabe eines Schuldscheins ist sicherlich nach der Verkehrssitte ein Schulderlaß, ebenso ist die Zinsannahme eine Stundung und doch heißen beide geradezu tacitae conventiones (vgl. l. 2. l. 57, dig. de pactis 2, 14). Man wirft vielleicht

Erklärungen.[1]) Wir werden also zu dem Begriffe der stillschweigenden Erklärungen außer diesen schweigenden concludenten Handlungen[2]) auch noch das bloße Schweigen unter gewissen Umständen[3])

---

die Frage auf, wann denn überhaupt nach jenen zu engen Definitionen eine stillschweigende Willenserklärung vorkommen kann. Sicherlich doch nur dann, wenn jemand einen Gedanken durch ein selbsterfundenes pantomimisches Ausdrucksmittel oder nach Grundsätzen, welche auf seinen besondern Lebensgewohnheiten beruhen (z. B. regelmäßiges Hinlegen der für Bettler bestimmten Küchenabfälle an einen und denselben Platz), ausdrückt. Wenn nun Schliemann gar behauptet (S. 104), bei der stillschweigenden Erklärung rede jeder „in seiner besonderen Sprache", so ist dies gegenüber der l. 2. dig. de pactis 2, 14 sicherlich nicht richtig. Man kann auch ausdrückliche Erklärungen in einer — vielleicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen — selbsterfundenen Sprache abgeben.

[1]) In den Quellen ist wiederholt von einem nutus die Rede, ohne daß mit Bestimmtheit festgestellt werden kann, ob damit eine Zeichensprache oder eine Geberde der letzterwähnten Art und, ob damit eine ausdrückliche oder eine stillschweigende Erklärung gemeint sein soll. Vgl. l. 17. dig. de novat et delegat. 46, 2. l. 67 (65). §. 3. dig. ad S. C. Trebell. 36, 1. l. 52. §. 9, 10. de obl. et act. 44, 7, und hierzu Schliemann, S. 104. Anm. 7. a. E., ferner l. 1. §. 3. dig. de assign. libert. 38, 4. l. 21. pr. dig. de legatis III.

[2]) Der Ausdruck „concludente Handlungen" paßt also nur auf gewisse, der Name „concludentes Verhalten" auf alle stillschweigenden Erklärungen, freilich auch, wie gezeigt werden soll, auf die ausdrücklichen.

[3]) Vgl. über dieses „beredte Schweigen" Regelsberger (Handb. II. S. 391. Anm. 24); Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. XVII. S. 469, 480, 484. Ein solches liegt nur dann vor, wenn man unter Umständen schweigt, unter denen die Annahme, daß man aus anderen Gründen als in Folge eines Zustimmungswillens schweige, ausgeschlossen ist. arg. l. 2. §. 2. cit. soluto matr. 24, 3: sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate ejus id factum cavendumque ratam rem filiam habituram und l. 1. §. 3. dig. de tributoria actione 14, 4: Non enim velle debet dominus sed non nolle (vgl. über das nolle Bülow im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 62. S. 82, 83. und über die vorliegende Frage Hesse, ebenda, Bd. 57. S. 195, sowie die dort angegebenen Belege). Der Satz qui tacet consentire videtur (cap. 43. de reg. juris in 6to) ist sogar schon für

und endlich drittens die stillschweigende Erklärung eines Gedankens durch die ausdrückliche Erklärung eines andern, welcher nach der dem Adressaten erkennbaren Denkart des Erklärenden nothwendig mit dem erstgenannten Gedanken verbunden ist, zählen müssen.[1]) Wir müssen also definiren:

---

das römische Recht zutreffend. Man übersehe nicht, daß consentire zwei Bedeutungen hat: „zusammenstimmen" und „genehmigen" (s. oben S. 52, und eine eigenthümliche Vermischung beider Bedeutungen in lex 2 dig. de ritu nupt. 23, 2). Von einer einzelnen Person gesagt hat es in der Regel nur die zweite Bedeutung. Die einzelne Vertragserklärung heißt im Pandektenlatein nicht consensus (vgl. auch Kühn in den dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 44, a. M. mit Unrecht Thomsen, die rechtl. Willensbestimmung. Kiel 1882. S. 32. Abweichend freilich c. 5. Cod. plus valere 4, 22. und c. 20. Cod. de transact. 2, 4.) Das Wort kommt, so viel der Verfasser weiß, im Plural nicht vor, statt dessen ist selbst bei mehreren Genehmigungen von einem communis consensus die Rede (l. 7. §. 19. dig. de pactis 2, 14, donatio Flavii Syntrophi in Bruns fontes ed. IV. S. 203). Consentio heißt also wenigstens im Pandektenlatein nicht „ich stimme einer Offerte zu", sondern: „ich genehmige etwas, was ich verbieten könnte". In diesem Sinne ist der Satz des cap. 43 cit. richtig aufgefaßt von Brinz (Pand. S. 1560). Anwendungen finden sich in der l. 2. §. 2 dig. sol. matr. 24, 3. c. 5. Cod. de nupt. 5, 4. l. 7. §. 1. dig de sponsal. 23, 1. l. 12. dig. de S. C. Maced. 14, 6 (woselbst die Worte ignorante creditore überflüssig zu sein scheinen). l. 12, 16, dig. eodem 14, 6. l. 2. pr. dig. ad municip. 50, 1. c. 1. Cod. de filiisfam 10, 62 (60). — Gegen eine unzutreffende Einschränkung des Satzes des cap. 43 cit. durch Savigny, System. Bd. III. §. 132 vgl. Brinz, Pandekten. S. 1559, und Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, §. 94. Anm. 5, letzteren auch über l. 142. dig. de regulis juris 50, 17. Im Sinne Savigny's Sintenis, I. §. 18. Anm. 28.

[1]) Nur auf diese Unterart paßt der Ausdruck „mittelbare Erklärung" (gegen denselben Savigny, System, III. §. 131. S. 242. Anm. a.; dafür wieder Regelsberger in Endemann's Handbuch. II. S. 387; Salkowsky, Lehrbuch der Institutionen. §. 18 (8) B. 3. Aufl. S. 49); denn nur diese Erklärungen enthalten einen unmittelbar und daneben einen mittelbar ausgedrückten Sinn und nur bei ihnen erkennt man den letzteren auf einem Umwege, indem man zunächst den ersteren durch Auslegung er-

Die ſtillſchweigende Erklärung eines Gedankens iſt jede Klarlegung desſelben in einer andern Form, als in den nach dem Sprachgeſetze für ihn beſtimmten Worten.[1])

Beſondere Auslegungsgrundſätze für die ſtillſchweigenden Erklärungen giebt es nicht. Man hat mit Unrecht ſolche behauptet.[2])

---

mittelt. Bei den anderen ſtillſchweigenden Erklärungen paßt er ſchlechterdings nicht. Die Rückgabe des Schuldſcheins unter gewiſſen Umſtänden iſt nichts Mittelbareres, als ein ausdrücklicher Schulderlaß, man erſpart ſich ſogar bei ihr die Einkleidung des zu erklärenden Gedankens in entſprechende Worte. Den Ausdruck „mittelbar" wird man um ſo lieber bei ſtillſchweigenden Auslaſſungen vermeiden müſſen, als er mit Leichtigkeit eine Verwechslung mit der mittelbaren Bezeichnung eines Gedankeninhalts, z. B. dem Hinweiſe auf ein Reglement oder ein Formular (ſ. oben §. 7) nach ſich ziehen kann; eine ſolche kann auch in ausdrücklicher Form geſchehen.

[1]) Beiſpiele ſtillſchweigender Erklärungen finden ſich in der lex 31. dig. de leg. III. l. 5. dig. ratam rem haberi 46, 8. l. 2. §. 1. 57. dig. de pactis 2, 14. l. 24. dig. de probat. 22, 3. l. 20. pr. §. 1, 4. dig. de adquir. her. 29, 2. l. 26. §. 1. dig. de pign. 20. 1. l. 6. §. 2. dig. mandati 17, 1. l. 60. dig. de regulis juris 50, 17. l. 14. §. 7, 8. de religiosis 11, 7. l. 13. §. 11. dig. locati 19, 2. l. 4. §. 3. dig. de fidejuss. tutor. 27, 7. l. 38 (37) pr. dig. ad. S. C. Trebell. 36, 1. l. 7. dig. de lege commissoria 18, 3. l. 19. dig. de aqua pluv. 39, 3. l. 15. §. 1. de usufr. leg. 33, 2. l. 8. dig. quemadm. 8, 6. cst. 5. Cod. de re jud. 7, 52. c. 14. Cod. de solut. 8, 42. c. 7. Cod. de remiss. 8, 25 (26). §. 7. inst. de her. qual. 2, 19. Die l. 1. §. 4. dig. de adgnosc. lib. 25, 3 enthält keinen ſtillſchweigenden Conſens, ſondern eine Strafe des Schweigens, ähnlich iſt wohl auch die cst. 5. §. 1. Cod. de rec. arb. 2, 55 (56) aufzufaſſen.

[2]) Mit Recht verwirft Savigny (Syſtem. III. S. 243. nota a.) die Behauptung Göſchen's (Vorleſungen. I. S. 274), daß die ſtillſchweigenden Erklärungen durch Schlußfolgerungen ausgelegt werden, die ausdrücklichen nicht. Gegen eine unrichtige Entſcheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. VII. 1873. S. 287, 288), welche ohne allen Grund den Artikel 278 bei ſtillſchweigenden Erklärungen unbeachtet laſſen wollte, vergl. Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl. 1879. §. 248. Anm. 3; Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 45. Anm. 29; Regelsberger in Endemann's Handbuch.

In der That bedarf es ihrer nicht. Die Auslegungsgrundsätze über ausdrückliche Erklärungen sind vielmehr auf stillschweigende durchaus analog anwendbar. Bei beiden liegt ein äußeres Verhalten des Erklärenden vor, aus welchem von dem Standpunkte des Adressaten der Erklärung auf den vermuthlichen Willen dessen, der die Erklärung abgiebt, geschlossen werden soll.[1]) Nur der Inhalt des wahrnehmbar Gemachten und der logische Obersatz, aus welchem jener Schluß geschieht, sind in beiden Fällen verschieden. Dort handelt es sich um Worte, welche den Gedanken geradezu abspiegeln, hier nicht um ein Spiegelbild desselben, sondern um ein anderes Merkzeichen. Dort wird der logische Obersatz des Schlusses durch das für den Erklärenden maßgebende Sprachgesetz gebildet. Indem man es an die Worte anlegt, vermag man auf den Gedanken, welchen sie abspiegeln sollen, einen fast immer treffenden Rückschluß zu machen. Bei den stillschweigenden Erklärungen ist dieser Rückschluß entweder unanwendbar oder da, wo eine stillschweigende Erklärung in Worten geschieht, nicht ausreichend. Hier muß als logischer Obersatz statt des Sprachgesetzes eine Regel des Lebens angesehen werden oder richtiger noch eine andere derartige Regel als das Sprachgesetz;[2]) denn

---

Bd. II. S. 389. Anm. 13. Die unrichtige Ansicht Göschen's findet sich noch bei Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht. I. §. 18. Anm. 22. Auch die Definition des preußischen Landrechts, §. 58. I. 4, ist zu weit.

[1]) Daß auch bei der ausdrücklichen Erklärung der Sinn nur durch einen Schluß klar wird, zeigt sich darin sehr deutlich, daß der der Sprache des Erklärenden Unkundige diesen nicht versteht, weil ihm der logische Obersatz fehlt. Dieser Schluß wird darum so oft übersehen, weil er sich sehr schnell und leicht zu vollziehen pflegt.

[2]) Bei den stillschweigenden Erklärungen eines Gedankens durch die ausdrückliche eines anderen wird zunächst dieser nach den oben (§. 9) entwickelten Gesetzen ausgelegt und das Ergebniß sodann ebenso interpretirt, wie jede andere concludente Handlung.

auch dieſes iſt eine Regel des Lebens und vielleicht die mächtigſte von allen.

Wie nun bei den ausdrücklichen Erklärungen oft mehrere verſchiedene Sprachgeſetze in Frage kommen, unter denen eine Auswahl getroffen werden muß, ſo wird es auch bei den concludenten Handlungen zweifelhaft, welche von mehreren Regeln des Lebens und Arten von Gewohnheiten im Zweifel anwendbar werden ſollen. Auch hier wird es genau ſo gehalten, wie bei den ausdrücklichen Erklärungen. In erſter Linie muß alſo auch hier nicht, wie man bisweilen behauptet,[1]) die allgemeine Regel des Lebens entſcheiden, ſondern die erkennbare beſondere Abſicht des Erklärenden.[2]) In zweiter Linie werden die Gewohnheiten des beſonderen Perſonenkreiſes, welchem er angehört, in Frage kommen, z. B. diejenigen ſeines Standes und Berufes. In dritter Linie kommen dann die allgemein menſchlichen Gewohnheiten in Frage; geſetzliche Beſtimmungen aber, welche Interpretationsregeln enthalten, wie z. B. Artikel 323 des Handelsgeſetzbuches, werden wir aus den oben entwickelten Gründen auch hier erſt an vierter Stelle berückſichtigen können.[3])

---

[1]) Daß auch hier in erſter Linie erkennbare individuelle Gewohnheiten maßgebend ſind, wird darum oft überſehen, weil ſolche im einzelnen Falle meiſt fehlen.

[2]) Wer ſich zu einer gewiſſen Zeit an eine Gaſthaustafel ſetzt, beſtellt damit nach der allgemeinen Regel des Lebens ein Mittageſſen. Regelsberger, Handbuch. II. S. 429. Kühn, dogmat. Jahrb. Bd. 16. S. 24. Weiß aber der Wirth, daß er ſchon auf ſeinem Zimmer geſpeiſt hat, und ſich nur, um Geſellſchaft zu haben, mit an die Wirthstafel ſetzt, ſo darf er ſein Verhalten nicht als eine Offerte auffaſſen. Vergl. auch das von Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 263. Anm. 230, mitgetheilte Telegramm: „Schicken Sie mir ſofort Ihre diesbezügliche Offerte, mein Schweigen über Telegrammfriſt hinaus betrachten Sie als Annahme.“ Hier iſt die Erklärung eine ſtillſchweigende, ihre Auslegungsnorm eine ausdrücklich feſtgeſtellte.

[3]) Natürlich nur auf dem Gebiete des ſog. ſubſidiären oder disposi-

Auch hier wird aber daran festzuhalten sein, daß nur solche Auslegungsmittel in Frage kommen können, welche dem Adressaten der Erklärung bei deren Empfange zugänglich waren; denn nur sie bestimmen den Sinn der Erklärung.[1])

Schließlich sei noch im Hinblicke auf eine oben gemachte Unterscheidung darauf hingewiesen, daß der Inhalt einer Vertragsnorm eine blos stillschweigende Erklärung enthalten kann (z. B. einen stillschweigenden Erbschaftsantritt in der Form des Erlasses einer Erbschaftsschuld), während die Unterwerfung unter diesen Inhalt ausdrücklich erfolgt ist, während man umgekehrt sich oft einer ausdrücklichen Erklärung (z. B. einem Bahnreglement) still-

---

tiven Rechts. Ein jus publicum, z. B. die von Zitelmann, S. 263, angezogene Lootsenordnung, kann natürlich nicht durch Privatabrede unverbindlich werden. Wird es aber lediglich zur Auslegung von Privatrechtsgeschäften benutzt, so gilt es auch hier nur, sofern nicht der Adressat wußte, daß der Erklärende sich nicht nach ihrem Inhalte gerichtet hat.

[1]) Zitelmann (S. 265 ff.) will eine Reihe stillschweigender Erklärungen statt, wie üblich, nach der Regel des Lebens durch strenge logische Deduction auslegen und im Widerspruche mit den Quellen (lex 57. pr. dig. de pactis) den ausdrücklichen beizählen (l. 57. pr. cit. cst. 12. Cod. de don. inter virum et uxorem 5, 16. l. 114. §. 14. dig. de leg. I. und die in Unger's System, II. §. 84. N. 10, genannten Fälle.) Allein die Logik führt hier nur hinsichtlich des Widerrufs einer Schenkung durch Verkauf des Geschenkten an einen Dritten (c. 12. Cod. de don. inter virum et ux. 5, 16) zu dem gewünschten Ziele, in den anderen Fällen nicht; so würde z. B. eine Verpfändung der der Frau geschenkten Sache an einen Dritten unter Vorbehalt des mit dem Pfande belasteten Eigenthums (c. 12. cit.) logisch denkbar sein. Die Lebenserfahrung führt aber hier überall zu dem richtigen Ergebnisse und ihr sollen wir bei Auslegungen den Vorzug vor rein logischen Erwägungen geben; arg. l. 69. §. 1. dig. de legatis III. (Marcellus) non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.

schweigend unterwirft.[1]) Ueberhaupt sind Vertragsschlüsse, welche sich aus ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen zusammensetzen, sehr häufig.[2]) Liegt eine Urkunde vor, welche eine stillschweigende Erklärung in sich enthält, aber noch nicht als verbindlich anerkannt ist, so liegt ein bloßes stillschweigendes declaratum, kein declarare vor. Wie wir nun oben im allgemeinen die Erklärung im Sinne von Erklärungshandlung von der Erklärung im Sinne von erklärtem Gedankeninhalte unterschieden haben, so muß auch hier die stillschweigende Erklärung, welche bisher nur als tacite declarare definirt worden ist, nunmehr auch noch in dem Sinne eines tacite declaratum gekennzeichnet werden als

> ein äußerer Wahrnehmungsgegenstand, aus welchem ein Gedanke auf andere Weise, als durch seine Wiedergabe in Worten, welche ihm entsprechen, ersichtlich wird.[3])

Die Begriffsbestimmung der stillschweigenden Erklärung würde unvollständig bleiben, wenn sie nicht gegen die präsumirte und fingirte Erklärung abgegrenzt würde. Dies soll im Nachfolgenden geschehen.

---

[1]) Auch die Unterschrift ist nichts als eine stillschweigende Unterwerfungserklärung (vgl. Savigny, System. Bd. III. S. 244).

[2]) So wenn die vermiethete Sache ausdrücklich, der Miethspreis stillschweigend versprochen ist. Auch die Fälle der l. 18. dig. communia praed. 8, 4, und die aus ihnen folgende sog. active Unvererblichkeit der Offerte dürften mit der stillschweigenden Erklärung zusammenhängen. Es muß die Mitwirkung mehrerer zu demselben Geschäfte in demselben Zeitpunkte geschehen, wenn auch nur stillschweigend. Hat einer schon früher zugestimmt, so gilt sein weiteres Schweigen auch noch bei dem endgültigen Vertragsschlusse als Ausdruck seines andauernden Zustimmungswillens. Stirbt oder widerruft er inzwischen, so kann seinem Verhalten dieser Sinn nicht beigelegt werden und das an seine Zustimmung gebundene Geschäft nicht zu Stande kommen. Vgl. l. 8. §. 2. dig. de opt. l. 33, 5. u. Karlowa, S. 35 ff.

[3]) Derartige stillschweigende declarata sind z. B. im voraus ausge-

Endlich möchte der Verfasser zur Vermeidung von Mißverständnissen es zum Schlusse nochmals hervorheben, woran die behandelte Lehre heutzutage krankt. Man stellt die Wörter „ausdrücklich“ und „stillschweigend“ einander gegenüber, während man doch mit dem ersteren Worte der Regel nach etwas ganz anderes bezeichnet, als das verbis expressum oder das non tacitum. „Ausdrücklich“ und auch schon im römischem expressim ohne weiteren Zusatz[1]) bedeutet in der Regel nur: „dasjenige, was einen Gedanken klar ausdrückt“.[2]) In diesem Sinne ist es etwa identisch mit evidenter,[3]) auch wohl mit diserte oder aperte, vielfach auch mit specialiter,[4]) hauptsächlich aber mit nominatim.[5]) Diese „Ausdrücklichkeit“ ist wohl ein Gegensatz zu der Unklarheit, dem ambigiuum und dem in obscuro esse,[6]) nicht aber ein solcher zu der stillschweigenden Erklärungsform, welche, wie oben erwiesen wurde, auch evidenter, aperte und

---

füllte Urtelsformulare, welche erst gegebenen Falles veröffentlicht werden sollen, z. B. die Todesurtheile, mit welchen Alba nach den Niederlanden reiste, oder die seidenen Schnuren, welche in der Türkei zu ähnlichem Zwecke dienten, auf nichtjuristischem Gebiete die sogen. Bilder oder Lieder ohne Worte, auch sichtbare Signale im Ruhezustand.

[1]) Vgl. Dirksen, manuale sub hac voce und die dort angeführten Beweisstellen.

[2]) Nicht, was ihn überhaupt ausdrückt, sonst würde man ja alle Erklärungen ausdrückliche nennen dürfen.

[3]) l. 2. §. 2. dig. soluto matrimonio 24, 3. c. 6. Cod. si aliena 8, 15 (16).

[4]) Vgl. l. 3. dig. de pactis 2, 14; auch c. un §. 11. c. Cod. de cad. toll. 6, 51 (apertissime et expressim). l. 15. §. 1. dig. de pign. 20, 1.

[5]) Vgl. Gajus, I. §. 165. c. 7. Cod. de legibus I. 14. l. 6. §. 2. dig. de tut. 26, 1. Hierbei ist nicht zu übersehen, daß nominatim öfters eine besondere Art von deutlicher Ausdrucksweise, nämlich diejenige durch Nennung eines Namens, bezeichnet. Vgl. überhaupt Dirksen, manuale zu den genannten technischen Ausdrücken. l. 30. pr. dig. de serv. pr. u. 8, 2.

[6]) l. 32. §. 4. dig. de don. inter vir. et uxorem 24, 1.

specialiter einem Gedanken Ausdruck geben kann.[1]) Wo daher das expressum dem tacite conventum entgegengestellt wird;[2]) da kann unter dem expressum nicht jener Gegensatz des obscurum, sondern nur das oben als Gegensatz des tacite conventum nachgewiesene verbis expressum gemeint sein. Da die Römer, der Herrschaft über ihre Muttersprache vertrauend, diese beiden verschiedenen Begriffe mit dem gleichen Namen bezeichneten,[3]) so ist es nicht zu verwundern, daß auch der neuere Sprachgebrauch es thut. Daraus sind aber Uebelstände erwachsen. Einerseits hat man irriger Weise das tacitum als den technischen Gegensatz des evidenter oder specialiter declaratum aufgefaßt und daher dort stillschweigende Erklärungen für unzulässig hält, wo nur die undeutlichen Erklärungen ausgeschlossen waren, z. B. bei der Festsetzung von Bedingungen und bei der Ausschließung des Abzuges der Falcidischen Quart.[4]) Andererseits hat man aber hierdurch den Begriff der stillschweigenden Erklärung in ungebührlicher Weise eingeengt und, da man hierdurch genöthigt war, eine Reihe der tacitae conventiones den Quellen zuwider als ausnahmsweise Fictionen zu bezeichnen, so hat man sich auf diese Weise außer Stand gesetzt, die Abrede der sog. naturalia negotii und der Rechtsfolgen des Vertrages quellenmäßig zu begründen.[5])

---

[1]) Der Regel nach wird freilich das tacite conventum kein specialiter oder nominatim conventum sein, z. B. nicht in dem Falle der lex 6. dig. quibus causis pignus tacite contrahatur 20, 2. Vgl. auch l. 4. dig. de pactis 2, 14.

[2]) z. B. in l. 21. dig. de jur. dol. 23, 3 und l. 4. dig. de pactis 2, 14, woselbst die Bedingung zwar ausgedrückt ist, aber nicht in Bedingungsform, also nur tacite.

[3]) Vgl. hierüber oben S. 32. Anm. 2.

[4]) Vergl. hierzu Windscheid, Pandekten. §. 651. Anm. 1. 5. Aufl.

[5]) Dies soll in den beiden folgenden Paragraphen erwiesen werden.

So hat denn die ſprachliche Verworrenheit ſachliche Irrthümer nach ſich gezogen. Wenn nicht Vorſchläge zur Aenderung eines verderblichen Sprachgebrauches der Regel nach an der Macht der Gewohnheit rettungslos ſcheiterten, ſo würde der Verfaſſer vorſchlagen, die Bezeichnung „ausdrücklich“ für das evidenter oder specialiter declaratum zwar beizubehalten, daneben aber den Gegenſatz des ſtillſchweigend Erklärten, das expressis verbis declaratum durch einen beſonderen Namen z. B. als das „mit ausdrücklichen Worten“ oder das „mit entſprechenden Worten“ Erklärte von jenem „deutlich und beſonders Erklärten“ zu unterſcheiden.[1])

Wenn endlich manche neben dem „ſtillſchweigend Erklärten“ auch noch ein „ſtillſchweigend Gewolltes“ oder ein „ſtillſchweigend Beabſichtigtes“[2]) kennen, ſo mag dies dann gelten, wenn hier nach Art der Aelteren mit dem Worte „Wille“ nur die Erklärung verſtanden ſein ſoll. Wenn jedoch daneben auch der „ausdrückliche Wille“ der „ausdrücklichen Erklärung“ als etwas von ihr Verſchiedenes, alſo als innerer pſychologiſcher Vorgang, entgegen geſtellt wird,[3]) ſo kann doch dieſer Sprachgebrauch trotz der Autorität ſeines Urhebers deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil die ihm zu Grunde liegende Annahme, daß ein blos innerer Vorgang zugleich etwas Ausdrückliches ſein, alſo einen Ausdruck enthalten kann, ſich mit der Etymologie des Wortes „ausdrücken“ nicht in Einklang bringen läßt.

---

[1]) Der Verfaſſer ſelbſt hat ſich vorläufig noch unter die Herrſchaft des zur Zeit regierenden Sprachgebrauches geſtellt und das Wort „ausdrücklich“ in beiden Bedeutungen verwendet.

[2]) So z. B. Arndts, Pand. §. 567. l. 60. §. 3. dig. mand. 17, 1.

[3]) Dies geſchieht von Windſcheid, Pandekten. §. 651. Anm. 1. 5. Auflage.

§. 11.

Präsumirte und fingirte Willenserklärungen.

Giebt es neben der stillschweigenden Willenserklärung auch noch eine präsumirte?[1] Savigny bestreitet dies, während z. B. Arndts[2] den präsumirten Willen neben dem „fingirten" erwähnt. Er rechnet z. B. hierher die Vorschrift des römischen Rechtes, daß ein Ehemann als befugter Vertreter seiner Frau vor Gericht zuzulassen ist, weil vermuthet wird, nicht daß diese ihm eine Vollmacht dazu ertheilt habe, sondern daß diese auch ohne Vollmachtsertheilung mit seiner Prozeßführung einverstanden ist.[3] Nur mißbräuchlicher Weise spricht man hier von einer vermutheten, statt von einer wegen vermutheten Einverständnisses[4] entbehrlichen Vollmacht, wie es die Quellen ausdrücklich thun. Wollte man solche Fälle den vermutheten Willenserklärungen zuzählen, so würde man damit zwei Dinge verwechseln: die vermuthete Willenserklärung und den vermutheten inneren Willen, indem man da, wo nur der letztere vorliegt, von der ersteren redet.[5] Giebt es nun nicht außerdem auch noch wirkliche vermuthete Willenserklärungen? Der Verfasser meint, daß,

[1] Dagegen Savigny, System. III. S. 253 ff. Dafür Burkhard, civilist. Präsumptionen. S. 271. Dagegen Brinz, Pand. S. 1560, 1561.

[2] Pandekten. §. 64.

[3] l. 35. pr. dig. de procurator. 3, 3. Sed et hae personae procuratorum debebunt defendere quibus sine mandatu agere licet. l. 40. §. 4. dig. de procurat. III. 3. ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur. c. 21. Cod. de procurat. 2, 12.

[4] Auch aus anderen Gründen ist die Vollmacht entbehrlich. Vergl. c. 21. Cod. de procurat. 2, 12. cit.

[5] So spricht z. B. Dernburg, Lehrb. §. 94. Anm. 11. 3. Aufl. S. 200, in den Fällen des §. 63, 64. I. 4. Allgem. preuß. Ldr. von vermutheten Willenserklärungen, während der Gesetzestext nur von vermutheten Absichten redet.

wenn Savigny sie nicht anerkennen wollte, dies sich daraus erklärt, daß er mit Recht ihnen ein besonderes juristisches Interesse nicht zuertheilen konnte. Ihre Existenz aber dürfte zweifellos sein. Präsumirte Thatsachen sind bekanntlich solche, welche der Richter, auch ohne daß sie ihm besonders bewiesen werden, für wahr zu halten verpflichtet ist. Nun ist es zweifellos, daß Willenserklärungen unter Umständen ebenso gut präsumirt werden können, wie andere Thatsachen. Wenn es z. B. zweifelhaft ist, ob der Erblasser einer Partei einem anderen eine Vertragserklärung abgegeben hat oder nicht, so können unter Umständen Indicien z. B. unbestimmte Aeußerungen gegen dritte über den Vertragsschluß oder sein sonstiges Verhalten z. B. Bestellung von Einrichtungsgegenständen für das gekaufte Haus und dergl. seine Vertragserklärung zwar nicht geradezu beweisen, aber soweit wahrscheinlich machen, daß der Richter sie nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen zu präsumiren gezwungen ist. Von solchen präsumirten Willenserklärungen gilt natürlich nichts anderes, als von den sonstigen präsumirten Thatsachen, sie bedürfen einer besonderen dogmatischen Behandlung nicht.

Anders verhält es sich mit der sogenannten „Präsumption des Willens". Diese ist darum ein sehr gefährlicher Begriff, weil der Ausdruck „Präsumption" zwei Bedeutungen hat, welche leicht und oft mit einander verwechselt werden, eine legislatorische und eine juristische.[1]) Legislatorische Präsumptionen sind allgemeine Betrachtungen, welche eine im einzelnen Falle vielleicht unbefriedigende Rechtsvorschrift dadurch rechtfertigen, daß sie in der überwiegenden Mehrheit der Fälle paßt. Die Gesetze legen eben grundsätzlich solchen Thatsachen Wirkungen bei, bei welchen dies der Regel nach passend ist und gehen über eine kleine Minorität von Ausnahmefällen hinweg, ohne sie

[1]) Vgl. über diesen Unterschied Burkhard a. a. O. S. 173 ff.

zu berücksichtigen.[1]) So z. B. werden überhaupt die meisten Rechte deshalb geschützt, weil dies den Rechtssubjecten in der überwiegenden Mehrzahl zum Vortheile, nur ausnahmsweise zum Nachtheile gereicht. So nimmt man z. B. an, daß die meisten Urtheile gerecht sind und findet es deshalb erträglich, daß aus besondern Gründen alle der Rechtskraft theilhaftig werden.[2])

Dahin gehört nun auch der oben erwiesene Satz, daß die Erklärung einer jeden Person im Zweifel[3]) nach dem Willen eines Durchschnittsmenschen oder nach den Gebräuchen der Gegend beurtheilt werden soll;[4]) denn dies geschieht unter anderem auch

---

[1]) l. 4. 5. dig. de legibus I. 3. (Celsus). Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, nam ad ea potius debet adaptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. Allen kann es das Gesetz nicht recht machen, sonst hilft es keinem.

[2]) So haftet der Verkäufer für heimliche Mängel, weil die meisten Verkäufer deren Vorhandensein verschulden, und zur Vermeidung von Ausflüchten seitens dieser Personen auch von den anderen gilt: „mitgefangen, mitgehangen". Die Forderungen verjähren, weil in der Regel alte Ansprüche ungültig oder getilgt sind u. s. w. Auch die Präsumptionen der §§. 130 ff. Allg. Landr. f. d. preuß. St. I. 13, welche Dernburg, Lehrbuch. §. 114, präsumirte Vollmachten nennt, ebenso diejenige des Artikels 296, 50 des Handelsgesetzbuches gestatten nicht den Gegenbeweis, daß keine Vollmacht ertheilt sei, sind also legislatorische, nicht processualische.

[3]) d. h. immer, wenn nichts anderes erkennbar wurde. Regelsberger, Handbuch. Bd. II. S. 392, meint, zur Geltung der allgemeinen Gebräuche genüge „keineswegs der Mangel eines entgegengesetzten Parteiwillens". Dies läßt sich um so weniger aufrecht erhalten, als man danach nicht mehr wissen kann, wann denn eigentlich jene allgemeinen Gewohnheiten maßgebend sein sollen. Vgl. auch l. 11. §. 1. dig. de a. e. 19, 1.

[4]) Also nach dem „vermuthlichen Willen", wie Thöl (§. 65, 66) ihn nennt. Man verwechsle diesen „vermuthlichen Willen, welcher in dieser Schrift durchweg „Sinn" der Erklärung heißt, nicht mit dem „vermutheten" Es liegt gar keine Veranlassung vor, bei der Vertragsauslegung im einzelnen Falle zu vermuthen, daß der Sinn der Erklärung und der sogen. innere Wille sich decken, da ja der letztere rechtlich ganz gleichgültig ist.

deshalb, weil die große Mehrzahl der Menschen wirklich ebenso wie der Durchschnittsmensch denkt und strebt. Wollte das Recht derartige legislatorische Präsumptionen verschmähen und nur solche Zustände schützen, welche in jedem einzelnen Falle des Schutzes würdig scheinen, so würde es alles von der richterlichen Willkür abhängig machen müssen. Eben darum berechtigen jene allgemeinen Präsumptionen des Gesetzgebers nicht etwa zu einem Gegenbeweise im einzelnen Falle; denn sie bezwecken ja gar nicht, daß dann etwas präsumirt werden soll, daß also z. B. bei der Einrede der Verjährung eine an den Kläger geschehene Zahlung anzunehmen ist, sondern sie erklären blos, warum der Richter Rechtswirkungen unter Umständen auch da eintreten lassen muß, wo sie nach der besondern Lage des Falles vielleicht ausnahmsweise unpassend erscheinen müssen.[1])

Im juristischen Sinne würde also die Präsumption eines Willens dann vorliegen, wenn das Vorhandensein eines Willens — vorbehaltlich eines Gegenbeweises — angenommen werden muß. Strenge genommen kann ein jeder Wille in einem jeden Falle nur aus dem äußeren Verhalten desjenigen, in welchem er sich befindet, präsumirt werden, da man dem Menschen niemals direct

---

Jener „vermuthliche Wille ist also der Gegenstand einer Annahme, welche der Mitcontrahent bei dem Vertragsschlusse machen muß; ein „vermutheter" Wille würde auf einer Annahme beruhen, welche der Richter später zu machen hätte. Vgl. Burkhard a. a. O. S. 277 ff.

[1]) Diese legislatorischen Präsumptionen verwechselt man z. B. mit den juristischen, wenn man gegen die sehr richtigen Ausführungen Ihering's in seinem „Grund des Besitzschutzes", daß der Besitz der Regel nach mit dem Eigenthum verbunden ist und sein Schutz daher ein nothwendiges Surrogat des Eigenthumsschutzes ist, erwidert, daß dann die Unzulässigkeit der Einrede des Eigenthums unerklärt bleibe. Man übersieht dabei, daß auch ein völlig unberechtigter Verklagter eine solche Einrede würde erheben und den Berechtigten durch die Herbeiführung von Beweiserhebungen hinhalten können. Vergl. Ihering, über den Grund des Besitzschutzes. S. 53 ff.

in das Herz sehen kann.[1]) So wird z. B. selbst da, wo ich einen Willen erkläre, eigentlich nur präsumirt, daß ich ihn habe,[2]) weil ja das Gegentheil durchaus nicht undenkbar und sogar auf Grund von Zeugenaussagen über frühere Aeußerungen nachweisbar ist. Immerhin aber pflegt der gemeine Sprachgebrauch des Lebens, welcher das sehr Wahrscheinliche und das Gewisse in gleicher Weise zu benennen liebt, in solchen Fällen nur ungern von einem präsumirten, sondern gewöhnlich geradezu von einem bewiesenen Willen zu reden.[3]) Nur bei stillschweigenden Erklärungen ist man mit Unrecht in höherem Grade geneigt, von einem blos präsumirten Willen zu sprechen, obwohl bei ihnen der innere Wille nicht mehr und nicht minder präsumirt wird, als bei den ausdrücklichen.

Was nun die sog. fingirten Willenserklärungen betrifft, so können sie ohne eine kurze Feststellung des Begriffes der fingirten Thatsachen nicht erörtert werden.

Unsere Rechtsquellen, deren beste Theile zu der Zeit des Formularprocesses entstanden sind, nehmen auf das Institut der Fiction als einer ordentlichen Einrichtung des Proceßverfahrens wiederholt Bezug,[4]) und die Compilatoren haben die Spuren hiervon nicht ausgetilgt, wahrscheinlich weil zu einer derartigen Tilgung und Umarbeitung ein ganz anderer Grad von historischer und dogmatischer Vorbildung gehörte, als er den byzantinischen Juristen inne wohnte. Darum konnten diese Spuren, wie so vieles andere, erst nach der Auffindung des vierten Buches des

---

[1]) Vgl. Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 433.

[2]) l. 7. §. 2. dig. de supp. leg. 33, 10. l. 101. pr. l. 19. pr. dig. de cond. 35, 1. l. 30. §. 2. de leg. III. c. 3. Cod. de lib. praet. 6, 28. l. 69. pr. de leg. III. Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.

[3]) Vgl auch Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht. S. 364.

[4]) Vgl. namentlich §. 5. inst. quib. mod. I. 12. Ulp. frgm. 28, 12.

Gajus ganz verständlich werden. Bis dahin sah man in den Fictionen materielle Rechtsinstitute und bezeichnete mit diesem Namen eine ganze Reihe von Erscheinungen der Quellen, in welchen von fingere und fictio nicht die Rede ist, sondern es schlechtweg heißt, in diesem oder jenem Falle solle alles so gehalten werden, als ob ein anderer nicht wirklicher Fall vorliege, und benutzte den so formulirten Fictionsbegriff[1]) namentlich auch zu der Bezeichnung ganz ähnlicher Erscheinungen des modernen Proceßrechtes.

In diesem Umfange und Sinne hat er sich nun bei uns in Theorie und Praxis fest eingebürgert, und so spricht man denn überall da, wo ausnahmsweise in Fällen, in welchen eine Willenserklärung fehlt und der Regel nach erforderlich sein würde, von „fingirten Willenserklärungen", man könnte sie aber ebensogut auch „ausnahmsweise entbehrliche Willenserklärungen" nennen; denn mit der Fiction einer Thatsache bezeichnet man, wie Savigny deutlich und klar hervorhebt,[2]) die Rechtsvorschrift, daß die Wirkungen, welche diese Thatsache haben würde, ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen auch da eintreten sollen,

---

[1]) Auch schon in den Quellen finden sich Anwendungen des Fictionsbegriffes, welche — wenigstens anscheinend — außer Zusammenhange mit dem Formularprocesse stehen. Vgl. Gajus, III. 56 und §. 5 inst. quib. modis jus pot. I. 12; auch §. 6. eodem, und hierzu des Verfassers Schrift: „In wie weit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civilproceß-Ordnung Fictionen?" Berlin 1880. S. 11. Anm. 1. S. 17. Anm. 1.

[2]) System. Bd. III. S. 253. Vom Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1814. S. 32; auch Demelius, die Rechtsfiction. Weimar 1858. S. 76, 94. Der Verfasser ging in der soeben citirten Schrift von der Ansicht aus, daß das Wesen der Fiction nach den Definitionen Savigny's jedem klar geworden sein müsse. Da hiergegen Widerspruch erhoben worden ist, so nimmt er diese frühere Meinung hierdurch zurück.

wo sie nicht vorliegt. Man muß, wenn solche Voraussetzungen vorliegen, sich also die Frage vorlegen, welche Wirkungen wohl die nicht vorhandene Thatsache im Falle ihrer Existenz gehabt haben würde, und aus der Beantwortung dieser Frage ermessen, welches die rechtlichen Folgen des wirklich vorliegenden Thatbestandes sind. Eben um dieser geistigen Vorstellung willen, welche in solchen Fällen nöthig ist, hat man sie in Anlehnung an den Ausdruck der Quellen Fictionen genannt.[1]) Der Ausdruck und der ihm zu Grunde liegende Begriff ist für das Verständniß unserer Quellen unentbehrlich; auch wird man niemandem verwehren können, ihn da anzuwenden, wo seine Merkmale vorliegen,[2]) selbst wenn sich die so bezeichneten Rechtsvorschriften

[1]) Bisweilen versteht man unter Fictionen nicht den quellenmäßigen Begriff der Gleichstellung zweier Fälle nach ihrer Wirkung, sondern einen absoluten philosophischen Begriff, nämlich denjenigen des blos Gedachten im Gegensatze zu dem Realen. So, wenn man die juristische Person eine „Fiction" nennt. Ob man dies für richtig hält, hängt ganz von der philosophischen Grundanschauung über die Grenzen der äußeren und der inneren Welt ab, eine Anschauuung, welche bekanntlich zu allen Zeiten bei Verschiedenen eine verschiedene war. Nach der römischen Weltanschauung und nach der nüchternen Auffassung des Verkehrs ist es nicht richtig; denn diese rechnen zu den Realitäten nicht blos die Körper, sondern auch die Zustände und Veränderungen, welche wir an ihnen wahrnehmen. (arg. l. 23. dig. de verb. sign. 50, 16. Rei appellatione et causae continentur.) Diejenigen Erscheinungen der Außenwelt, bei deren Vorhandensein wir von juristischen Personen reden, sind aber in der That reale dauernde Zustände. (Der Staat ist ein status.) — Wenn man die juristischen Personen übrigens fingirte Personen d. h. fingirte menschliche Wesen nennt, so ist dies insofern ganz richtig, als bei ihnen im wesentlichen alles so gehalten wird, wie bei den Vermögensmassen physischer Personen.

[2]) Dies dürfte in den übrigens nach mancher Richtung hin sehr verdienstlichen Ausführungen Bülow's im Archive für civilistische Praxis, Bd. 62. S. 1 ff., „Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten" nicht genug beachtet sein. Des Verfassers citirte Schrift über die Fictionen richtet sich nicht hiergegen, sondern bezieht sich auf die praktisch wichtige

vielleicht in einer einfacheren Form wiedergeben ließen.[1]) Derartige Begriffe muß die Wissenschaft erklären, nicht beseitigen wollen.[2])

Frage, ob nach der Civilproceßordnung der Grundsatz materieller Wahrheit herrscht, eine Frage, welche mit derjenigen nach der dogmatischen Brauchbarkeit des Fictionsbegriffes zwar nicht zusammenhängt, jedoch bei Gelegenheit einer Erörterung desselben von Bülow a. a. O. bejaht worden ist. Das Gegentheil glaubt der Verfasser in der angezogenen Schrift erwiesen zu haben. Daß er bei dieser Gelegenheit auch für die Unentbehrlichkeit des Fictionsbegriffes eintrat, war vielleicht überflüssig, weil die Frage nach der Entbehrlichkeit eines Begriffes am besten durch die Logik der Thatsachen entschieden wird. Daß, wie Bülow (Archiv f. civ. Praxis. Bd. 65. S. 50) meint, auf dem Gebiete des Proceßrechtes nur Wach und der Verfasser nicht von dieser Enbehrlichkeit überzeugt worden seien, dürfte damit im Widerspruche stehen, daß neuere Schriften (vgl. z. B. Bruns, Pandektenfragmente, kleine Schriften. II. S. 461) auf dem durchaus analogen Civilrechtsgebiete den alten Fictionsbegriff ohne jede besondere Rechtfertigung anwenden zu dürfen glauben. Mit Bülow stimmt Kohler (krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 22. S. 369) unbedingt überein. Aehnlich Birkmeyer (s. oben S. 121. Anm. 1).

[1]) Der Verfasser hat in seiner citirten Schrift behauptet, es gäbe gewisse Vorschriften, welche sich bei dem besten Willen nicht anders als in der perhorrescirten Fictionsform wiedergeben lassen. (Daß er ihnen dort einen besonderen Namen gab, geschah nur zur besseren Veranschaulichung, was der Verfasser gegen Bülow's Bemerkung im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 65. S. 50 hervorheben muß.) Wie soll man z. B. den Satz, daß der für todt Erklärte so beerbt würde, als wenn er an seinem siebzigsten Geburtstage gestorben wäre, anders, als durch diese Vorschrift der Supposition eines nicht richtigen oder doch wenigstens unbekannten Sachverhaltes formuliren? Die Herren Recensenten, welche gegen des Verfassers Behauptung in so lebhafter Weise polemisiren, scheinen auf diese Frage eine Antwort zu wissen. Da der Verfasser sich gern belehren läßt, so will er, falls diese bisher verschwiegene Antwort ihm noch nachträglich mitgetheilt werden sollte, seine Ansicht gern widerrufen und die „Krücke" der Fiction wegwerfen. Bis dahin muß er sie als unentbehrlich unbedingt beibehalten.

[1]) Namentlich darf sie positive Rechtsinstitute, welche zufälliger Weise im römischen Rechte in der Form einer Fiction auftreten, nicht aus diesem für uns völlig gleichgültigen Grunde gänzlich ignoriren wollen. So be-

Ebenso wenig wie die Begriffe des Vertrages, der Anfechtbarkeit und der juristischen Person wird der Begriff der Fiction aus den Vorstellungskreisen unserer Jurisprudenz verbannt werden können.[1]) Damit ist nicht gesagt, daß man nicht irrige Vorstellungen, welche sich mit ihm hier und da verbunden haben,[2])

schwert sich z. B. Kohler in den dogm. Jahrb., Bd. 16. S. 349, darüber, daß Goldschmidt in seinem Handbuche, Bd. I. 2. S. 870, die quellenmäßig wohlbezeugte actio Publiciana rescissoria anwendet, deshalb, weil jede Rescission „eine Fiction" sei. Allein, wenn man neuerdings bisweilen behauptet, die Wissenschaft müsse nach Wahrheit, nicht nach Fictionen streben, so verwechselt man dasjenige, was die Wissenschaft thut, mit demjenigen, was sie blos als von dem objectiven Rechte gethan schildert. Zu dem „Schutte, welchen geniale Hände forträumen" (Kohler, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 22. S. 370) dürfen unsere Rechtsquellen niemals gehören (vgl. gegen Kohler des Verfassers Replik in der Zeitschrift für den Deutschen Civilproceß. Bd. 4. S. 406. Anm. 4).

[1]) Auch außerhalb der Jurisprudenz ist der Fictionsbegriff, d. h. die Vorstellung eines Nichtwirklichen, um danach das Verhalten in einem wirklichen Falle abzumessen, etwas Alltägliches. Man denke an die Einübung chirurgischer Operationen am Phantome, das Manoeuvriren mit einem fingirten Feinde, die Supposition der geometrischen Analysis, daß eine gestellte Aufgabe gelöst sei und dergl. mehr. Selbst Windscheid dürfte daher (Pand. §. 72. Anm. 12) die Gefährlichkeit dieser harmlosen Anschauungsform zu hoch veranschlagen.

[2]) Bülow kämpft a. a. O. gegen die Anschauung, daß bei den Fictionen der nicht-wirkliche Fall nicht blos behufs einer Abmessung der wirklichen vorgestellt, sondern alles Ernstes der Wahrheit zuwider durch eine „dogmatische Supposition" (Archiv f. civilist. Praxis. Bd. 64. S. 30) für wirklich gehalten werde, also, daß ein Richter z. B. alles Ernstes annehmen darf, ein ausgebliebener Verklagter sei wirklich erschienen und habe alles zugestanden. Da von verschiedenen Seiten behauptet wird, daß die so bekämpfte wunderliche Anschauung innerhalb unserer Juristenwelt vorkomme, so würde es unhöflich sein, wenn der Verfasser seinen Zweifel hieran aufrecht erhalten wollte. Es mag ein Zufall sein, daß er sie auf seinem Lebenswege nicht angetroffen hat. Darin, daß sie verkehrt ist, stimmt er Bülow zu. — Oft dient übrigens auch das Wort „Fiction" nur als Euphenismus zur Bezeichnung einer grundlosen Einbildung.

zurückweisen, den unrichtigen Gebrauch des Wortes bekämpfen,[1]) seine geschmacklose und überflüssige Verwendung in Fällen, in welchen er zwar paßt, aber nichts erklärt, als solche kennzeichnen,[2]) und endlich hinter dem Fictionsbegriffe nicht mehr suchen soll, als dahintersteckt.[3]) So werden wir daher auch in allen Fällen, in welchen Vertragswirkungen sich ausnahmsweise an einen andern Thatbestand als an denjenigen einer wirklichen Willenserklärung,

---

[1]) Vergl. des Verfassers Ausführungen in seiner angezogenen Schrift, S. 18, 25, 26, und in der Zeitschrift für Deutschen Civilproceß. Berlin 1882. Bd. 4. S. 405. Anm. 2. So z. B. behauptet H. Thomsen, die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882. S. 6, ohne Grund eine „Fiction der allgemeinen Rechtskenntniß". Das Gesetz fingirt nicht, daß jeder es kenne, sondern es bestimmt, weil es wirksam sein will, daß derjenige, welcher es nicht kennt, dadurch Schaden leiden soll. Bisweilen stellt sich allerdings das Wort „Fiction" ein, wo Begriffe fehlen. Man darf aber diesen Begriff, wie jeden andern, nicht nach Lust und Laune anwenden, sondern nur da, wo seine Voraussetzungen vorliegen. Vgl. auch die Bemerkung Eisele's, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 20. S. 18.

[2]) In diesem Punkte stimmt der Verfasser unbedingt mit Bülow überein. Dieser citirt (Archiv f. civilist. Praxis. Bd. 62. S. 10) als abschreckendes Beispiel die Fiction: „Jeder wird an seinem Wohnorte verklagt, der Vagabond gilt als überall wohnend." Ebenso gut hätte man sagen können: „Jeder wird an seinem Aufenthaltsorte verklagt, der Nichtvagabond aber gilt immer als an seinem Wohnorte verweilend." Mit Leichtigkeit kann man zwei Klassen von Thatbeständen, welche dieselben rechtlichen Wirkungen haben, durch den Fictionsbegriff unter einander verbinden. Ebensogut, wie man z. B. die negotiorum gestio als fingirtes Mandat bezeichnet hat, hätte man auch das Mandat als fingirte negotiorum gestio bezeichnen können. Derartige Erzeugnisse dialectischer Kunst, welche sich nach einem einfachen Recepte leicht anfertigen lassen, prätendiren leider oft nicht nur die Gleichberechtigung mit sachlichen Behauptungen, sondern vielfach sogar den Anschein einer besonderen wissenschaftlichen Tiefe. Vgl. auch Gajus, II. §. 41. l. 32. §. 1. dig. de donat. inter v. et u. 24, 1.

[3]) Namentlich nicht ein Mittel zu legislatorischen Begründungen, denn damit, daß in gewissen Fällen etwas fingirt wird, ist noch nicht erklärt, warum es geschieht.

anknüpfen, von fingirten Willenserklärungen reden dürfen, wie ja auch die Römer in solchen Fällen die von uns sogenannte Fictionsform nicht verschmähen.[1])

Immerhin sind die Römer in der Verwendung dieser Ausdrucksform sparsamer, als wir es sind. So sprechen sie bei der Befugniß gewisser Personen, z. B. der Ehemänner, andere, z. B. die Frau, im Processe zu vertreten, sofern diese nicht widersprechen, eine Befugniß, welche sich an das Vorhandensein verwandtschaftlicher Beziehungen anknüpft, nur von einer „ausnahmsweise entbehrlichen", nicht, was sachlich freilich dasselbe ist, von einer „fingirten" Vollmacht.

arg. l. 35. pr. dig. de procurator. 3, 3. (Ulpianus):

Sed et hae personae procuratorum debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet.

l. 40. §. 4. dig. eodem 3, 3. (Ulpianus):

ergo non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur.[2])

Alle diese Fictionen sind Vorschriften aus besonderen Gründen ohne eine allen gemeinsame juristische Bedeutung.

Aus dem bisher Ausgeführten gewinnen wir das wichtige

---

[1]) arg. l. 2. §. 2. dig. sol. matr. 24, 3. Vgl. Savigny, System Bd. III. S. 251. nota i. Der legislatorische Grund dieser Fiction ist das Bestreben, die wahnsinnige Tochter zu schützen, und die legislatorische Präsumption, daß der Vater der Regel nach am besten befähigt sein werde, diesen Schutz zu verwirklichen.

[2]) Diese Fiction bezieht sich nicht auf den Fall, in welcher die Frau in einer dem Dritten erkennbaren Weise von dem Processe Kenntniß hat und schweigt; denn dann hat sie die Vollmacht stillschweigend ertheilt. — Will man in jenen Fällen von „fingirtem Willen" reden, so hat dies nur dann einen Sinn, wenn man unter Willen die Willenserklärung versteht. Der nicht erklärte Wille ist keine Vollmacht, würde also auch nicht, wenn er fingirt würde, zu Vollmachtswirkungen führen können.

Ergebniß, daß eine Reihe von Fällen, welche von der neueren Wissenschaft im Widerspruche mit den Quellen den fingirten Erklärungen beigezählt werden, stillschweigende Erklärungen nicht blos heißen, sondern es auch sind. Selbst Savigny [1]) ist hier von den Texten abgewichen. Es theilt uns als Beispiel einer fingirten Erklärung die Begründung eines Pfandrechtes an den invecta et illata durch den Abschluß eines Miethsvertrages mit. [2]) Hier, so meint er, werde nur ein rechtsgelehrter Miether sich der Verpfändungswirkung des Miethsvertrages vorher bewußt gewesen sein; daß sie stillschweigend erklärt sei, werde man also der Regel nach nicht annehmen können. Zunächst ist dies Beispiel nicht glücklich gewählt; denn gerade das Pfandrecht des Vermiethers gehört, namentlich bei der ärmeren Bevölkerung großer Städte, zu den allerbekanntesten Rechtsinstituten. [3]) Allein, selbst wenn man annehmen darf, daß die Miether sich der Begründung dieses Rechtes bei dem Abschlusse des Miethsvertrages nicht bewußt sind, so würde man doch daraus nicht folgern dürfen, daß dieselbe nicht stillschweigend erklärt sein kann; denn es giebt erstens Erklärungen, deren Sinn dem Erklärenden gar nicht bewußt war, jedoch darum gilt, weil dies nicht erkennbar war und dieser Sinn einem diligens paterfamilias bewußt gewesen sein würde, und zweitens Anerkennungen unbekannter Vertragsnormen durch indirecte Bezugnahme auf dieselben. Wenn also die Römer jene

---

[1]) Anders Cujacius, opera, Neapoli 1758. I. p. 920. A.

[2]) l. 4. pr. dig. in quibus causis pignus tacite contrahitur 20, 2, quasi id tacite convenerit. Einen besonders interessanten Fall enthält die l. 11. §. 5. dig. de pign. act. 13, 7. Vgl. hierzu Sohm, das subpignus, S. 97 ff., namentlich S. 102.

[3]) Der Verfasser erinnert sich, als Beisitzer einer Criminal-Deputation in Berlin wöchentlich durchschnittlich zwei bis drei Verurtheilungen wegen wissentlicher Verletzungen des preußisch-rechtlichen Retentionsrechtes des Vermiethers nach §. 289. R.-Str.-G.-B. mitbeschlossen zu haben.

Pfandrechtsbestellung als stillschweigende bezeichnen, so müssen sie von der Beobachtung ausgegangen sein, daß in ihrem Verkehrsleben die Contrahenten bei dem Miethsvertrage auf jene Verpfändungsbestimmung als ein selbstverständliches Zubehör des Miethsvertrages stillschweigend und indirect hinzuweisen pflegten.[1] Wollen wir das Gleiche für das heutige Recht bestreiten, so könnten wir das nur unter der Voraussetzung thun, daß die Durchschnittsintelligenz des heutigen Verkehrslebens unter das Niveau derjenigen des römischen hinabgesunken sei. Wer jedoch das erstere kennt, wird dem schwerlich beipflichten. Auch bei uns ist der Durchschnitt der Menschen intelligent genug, um zu wissen, daß es bei allen Geschäften neben dem direct und ausführlich Abgemachten noch eine Reihe durch Erfahrung fixirter Normen giebt, auf welche man bewußt als eine Ergänzung des unmittelbar Festgesetzten hinweist. Diese Ergänzungsnormen des ausführlich Verabredeten[2] sind dann aber nicht etwa vom Gesetze oder vom

[1] Die Annahme, daß die römischen Juristen etwas einen stillschweigenden Vertrag genannt haben, was nach ihrem Rechte kein solcher war, widerlegt sich durch ihre Unwahrscheinlichkeit. Uebrigens muß zu Gunsten der Ansicht Savigny's auf das quasi in der l. 4. pr. dig. cit. 20, 2. hingewiesen werden. Vgl. aber dagegen die Titelüberschrift. Die Römer mochten zunächst zweifeln, ob sich wirklich schon jene Verpfändung als ein naturale negotii in die Verkehrsanschauungen eingelebt hatte. Daher das quasi. A. M. übrigens in mehrfacher Hinsicht Burkhard, S. 285 ff.

[2] Man nennt sie naturalia negotii. Der Ausdruck essentialia negotii ist Mißverständnissen ausgesetzt. Er bedeutet, wie Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechts, I. §. 77. Anm. 1, hervorhebt, bald Bestimmungen, ohne deren Vorhandensein ein Geschäft nicht zu einer bestimmten Geschäftsart gerechnet werden kann (objectiv wesentliche), bald solche, welche den concreten Parteien unerläßliche Vorbedingungen der Aufrechterhaltung des Geschäftes sind (subjectiv wesentliche). Allein auch die objectiv wesentlichen zerfallen in zwei Arten, solche, welche in der anerkannten lex contractus in Anpassung auf den gerade vorliegenden Fall besonders fixirt sein müssen (z. B. Bestimmung des Kaufobjectes), und solche, welche vielleicht nach all-

kehrsübliche weist die Erklärung hin; in erster Linie steht vielmehr jedem Erklärenden das Individuelle. So verweist also der diligens paterfamilias zunächst neben dem, was als bewußt gewollt erklärt ist, auf dasjenige, was er in einer dem anderen erkennbaren Weise bewußt gewollt haben würde, wenn er daran gedacht hätte.[1]) Man übersehe hierbei nicht, daß, wenn im streng exakten Sinne nur dasjenige gewollt ist, woran man denkt, man doch das Wort „Willen" im gemeinen Sprachgebrauche in einem weiteren Sinne nimmt. Man sagt, jemand wolle etwas, z. B. sich verheirathen, auch wenn ihm der Entschluß hierzu nicht immerfort vorschwebt, sondern vorübergehend in das Innere seines Bewußtseins zurückgetreten ist. Ja, man spricht selbst da von

---

miethers an den invecta et illata eine stillschweigende ist, sind es auch die von Savigny (III. S. 255) hierher gerechneten Fälle der lex 4 §. 1, 7. pr. quibus modis pign. 20, 6. stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht durch eine Einwilligung des Pfandgläubigers in der Veräußerung der Sache, der l. 12. §. 4. qui potiores 20, 4. (stillschweigender Verzicht auf die Priorität durch eine Einwilligung des Pfandgläubigers zu der Verpfändung der Sache an einen Andern). Hesse (Archiv für civilistische Praxis Bd. 57. S. 196) nimmt in diesen Fällen und in demjenigen der lex 2. §. 1. dig. de pactis 2, 14. präsumirte Willenserklärungen an, obwohl in ihnen zu einer Präsumption von Erklärungshandlungen, in so weit solche nicht erwiesen sind, sicherlich keine Veranlassung vorliegt.

[1]) So das Reichsoberhandelsgericht (Bd. XXII. 1877. Nr. 86. S. 371). „Was die Parteien für einen von ihnen nicht vorhergesehenen Fall nach dem Zwecke ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassungsweise gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille, welcher der subsidiären Gesetzregel vorgehen muß." Regelsberger findet dies bedenklich und zwar nicht ohne Grund, weil es leicht mißverstanden werden kann (Handbuch Bd. II. S. 388. Anm. 6). Es soll im Texte erwiesen werden, daß es doch richtig ist. Ebenso, wie das Reichsoberhandelsgericht Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 158, jedoch nur für Testamente. Anders Zimmermann, stellvertret. neg. gestio S. 297, vgl. ebenda S. 286—300, vgl. Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 77.

Wollen, wo jemand eigentlich gar nicht gewollt hat, sondern nur, befragt, gewollt haben würde.[1]) So z. B. wenn der Miether behauptet, er habe die Wohnung in ausgebessertem Zustande eingeräumt erhalten *wollen*, während er vielleicht an die Möglichkeit des Gegentheils überhaupt gar nicht gedacht hat. Allein, selbst wenn man mit der herrschenden Meinung annehmen will, daß die Quellen den Begriff velle nicht in diesem weiten Sinne, in welchem er auch die bloße innere Prädisposition zum Wollen umfaßt, verstanden haben,[2]) so ist doch der indirecte Hinweis auf dasjenige, was man gewollt haben würde, seitens eines diligens paterfamilias, der die Folgen seiner Handlungen vorher erwägt, allerdings bewußt gewollt, und zwar verweist er hierauf zur Ergänzung der mit ausführlicher Inhaltsangabe erklärten Gedanken.

Man kann dies soeben Gesagte leicht mißverstehen, indem man annimmt, daß bei *Verträgen* alles dasjenige gelten soll, was die *eine der Parteien* in erkennbarer Weise gewollt haben würde, aber nicht gewollt hat. Was die *eine* Partei für sich allein will oder erklärt, ist ganz gleichgültig; maßgebend ist nur, was die andere ihr auch concedirt; nicht also die voluntas contrahentis, sondern die voluntas contrahentium. Merkt also der Acceptant, daß der Offerent in seinem Angebote weiter gegangen ist, als er es, auf das Nachtheilige seines Verhaltens aufmerksam gemacht, gethan haben würde,[3]) so braucht er sich um die Ver-

[1]) Vgl. über diesen „unbewußten Willen" *Eisele*, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 20. S. 7. und dagegen in *Lenel*, dogm. Jahrb. Bd. 19. S. 158.

[2]) Die leges 19. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. und 60 (59) pr. dig. de heredibus instituendis 28, 5. sprechen dagegen (s. unten). Vgl. auch die von *Kohler*, dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 159. citirten l. 115. §. 2. de verb. obl. 45, 1. l. 57. de jure dotium 23, 3. l. 168. §. 1. de reg. juris 50, 17. Vgl. auch *Burkhard*, civ. Präsumpt. S. 282.

[3]) Man nehme z. B. an, daß der Acceptant zufälliger Weise von

geßlichkeit seines Mitcontrahenten nicht weiter zu kümmern; dieser kann eine unbedingte Zustimmung seitens des Acceptanten nur auf dasjenige beziehen, was die Offerte als bewußt gewollt erkennbar gemacht hatte. Bei Verträgen gilt also dasjenige, was in Voraussicht seiner Nothwendigkeit gewollt worden wäre, nur dann, wenn diese Eventualität bei beiden Contrahenten — deren Redlichkeit immer vorausgesetzt —, nicht aber, wenn sie blos bei einem vorlag.[1] [2])

In der bisherigen Argumentation dürfte nur ein einziger Punkt geeignet sein, Bedenken zu erwecken, nämlich die Behauptung, daß der diligens paterfamilias sich den naturalia negotii zwar indirect, aber bewußt unterwirft. Man wird meinen, daß ein diligens paterfamilias, welcher sich z. B. in einem Wirthshause ein Glas Bier bestelle, auch nicht ein Mal indirect sich eines Hinweises auf Nebenbestimmungen des Geschäftes bewußt werde.

So sehr ein solcher Einwand der unbefangenen Betrachtung der Dinge zusagt, so beruht er doch auf einer oberflächlichen Betrachtung des Seelenzustandes eines Menschen, welcher vor einem Vertragsabschlusse der gedachten Art steht. Man muß bei den klar bewußten Vorstellungen zwei Arten unterscheiden, solche, welche ihren Gegenstand in seine volle Breite auseinanderzerren, und solche, welche ihn blos in einer concentrirten Form abspiegeln. Das menschliche Bewußtsein gleicht nicht einem metallenen Spiegel

---

Dritten erfahren hat, der Offerent wolle sich von einer ihm anzubietenden Wohnung ein Zimmer vorbehalten, und nunmehr merkt, daß dieser es bei dem Vertragsschlusse zu thun vergißt.

[1]) Durch diese Einschränkung schwindet jede praktische Bedenklichkeit der entwickelten Ansicht. Auch die ohne allen Grund gegen das stillschweigende constitutum possessorium der l. 1. §. 1. und l. 2. dig. pro socio 17, 2. erhobenen Bedenken fallen hierdurch weg.

[2]) Alles dies wird direct erwiesen durch l. 53. dig. de v. o. 45, 1. und durch die Selbstverständlichkeit der doli clausula bei den contractus bonae fidei.

ohne Tiefe, welcher nur von außen her Bilder aufnimmt, sondern es gleicht der Spiegelfläche eines Sees, in welcher sich nicht nur das Bild der Außenwelt abmalt, sondern welcher auch aus seiner eigenen Tiefe Erscheinungen an die Oberfläche in das Bild der Außenwelt hineintreten läßt. Darum müssen wir in jedem Zeitpunkte das gegenwärtige augenblickliche klare Bewußtsein von unserem übrigen tiefer liegenden Bewußtsein, in welchem der Schatz der Erinnerungen ruht, wohl trennen. Nun ist das Auftauchen der Erinnerungsbilder und der Begriffe an die Oberfläche ein sehr verschiedenes, bald treten sie in ihrem vollen Umfange aus der Tiefe des Bewußtseins heraus, bald nur zum Theil. Bei den Anfängern gilt der Satz, daß sie ihre Vorstellungen von den noch unbekannten Geistesgebieten nur in ihrer vollsten Breite aufzufassen im Stande sind. Ein Schüler, der z. B. das Wort „Vertrag" buchstabirt, wird sich dabei klar bewußt, daß es sieben einzelne Buchstaben hat, dem Gebildeten, welcher über das Buchstabiren erhaben ist, ist das Gleiche nicht minder bewußt, nur braucht er es sich nicht zur Klarheit zu bringen, um das Wort lesen zu können. So besteht also eine Hauptwirkung der Bildung auf jedem Gebiete darin, Einzelvorstellungen zu Gesammtvorstellungen zusammenzufassen, welche nicht mehr in ihre Einzelheiten zerpflückt werden, sobald sie an die Oberfläche des Bewußtseins treten.[1])

So ist es auch in dem Contractsrechte. Alle die einzelnen leges contractus, welche bei dem Kaufe ursprünglich wahrscheinlich ausbuchstabirt werden mußten, die Haftung für culpa, die Evik-

[1]) In dieser Weise ist z. B. unsere Wissenschaft von der Glosse und dem Commentar zur freien dogmatischen Behandlung, unser Prozeß von dem Articuliren, einer dem Buchstabiren ähnlichen Procedur, zu der zwanglosen Behandlung des thatsächlichen Stoffes vorgeschritten.

tionspflicht und dergl. mehr, concentriren sich allmählich in die Begriffe „kaufen“ und „verkaufen“. Wer solche Worte braucht, der erklärt alle jene Einzelbestimmungen mit ihnen, und zwar bewußter Weise, sie treten zwar nicht klar an die Oberfläche des Bewußtseins — gerade so wenig wie die Eigenschaft des Wortes „Vertrag“, sieben Buchstaben in sich zu haben, bei dessen Gebrauche — aber das, was an die Oberfläche des Bewußtseins tritt, hängt mit ihnen so zusammen, daß ein Beobachter dieser Oberfläche ihr Vorhandensein innerhalb des Bewußtseins mit Sicherheit feststellen kann.[1]) Es ist dies so, als ob ein versunkener Kahn aus einem Teiche nur zum Theile hervorragt, wer den Theil wahrnimmt, bemerkt auch den Rest, wer den Theil in Besitz nimmt, occupirt auch das Uebrige. Der Vindicant, der die Deichselspitze eines Wagens mit der festuca berührte, hatte damit den ganzen Wagen berührt. So berührt derjenige, welcher davon spricht, daß er eine Sache gegen Geld haben will, nur einen Theil desjenigen Complexes von Normen, welchen wir unter dem Namen „Kauf“ zusammenfassen,[2]) allein der Rest ist

---

[1]) Dies scheint Bruns zu meinen, wenn er a. a. O. S. 454. unten sagt: „Das Recht ist . . dem Willen der Menschen immanent. Der Laie denkt nicht juristisch, sondern praktisch, aber indem er bestimmte praktische Verhältnisse fest und sicher haben und begründen will, will er sie auch rechtlich.“ Aehnlich auch schon Zitelmann, Irrtum ꝛc. S. 444. Freilich ist nicht eigentlich das Recht selbst dem Willen des diligens paterfamilias immanent, sondern nur der Hinweis auf seinen Inhalt.

[2]) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. S. 336 (2. Auflage), welcher meint, eine stillschweigende Unterwerfung unter die üblichen Handelsusancen sei anzunehmen, „weil bei der ungemeinen Schnelligkeit der Handelsoperationen die Fixirung des concreten Vertragsinhalts sich auf die wesentlichen, für den einzelnen Vertrag eigenthümlichen Punkte zu beschränken, weil mit einem kurzen Ausdruck eine ganze Reihe von gewollten Rechtsfolgen bezeichnet . . . zu werden pflegt.“

mitberührt, denn er hängt an dem Berührten. So hängen an den kundbar gemachten Vertragsbestimmungen für den Durchschnittsmenschen die selbstverständlichen, er denkt diese implicite mit jenen, sobald er sich die letzteren vergegenwärtigt.

Das soeben Ausgeführte stellt auch klar, wie es sich mit den üblichen Ausdrücken „erklärende“ [1]) und „ergänzende“ Auslegung verhält. Der letztere Ausdruck mag immerhin beibehalten werden, wenn man sich nur nichts Falsches dabei denkt. Versteht man darunter eine Auslegung, welche den wahren, vielleicht nicht erkennbar gewordenen Willen ergänzt, so ist der Ausdruck unpassend, weil dieses Internum juristisch gleichgültig ist. Versteht man darunter eine Auslegung, welche den erkennbar gewordenen Sinn der Erklärung (Willen in einem anderen Sinne) ergänzt, so ist der Ausdruck gleichfalls falsch. Man kann nicht dasselbe zugleich ergänzen und auslegen. Eine Ergänzung ist ein Hinzulegen, kein Auslegen. [2]) Was vielmehr ergänzt wird, das ist nur der eine Theil des Sinnes der Erklärung, dasjenige, was als unmittelbar Gedachtes erklärt ist. Dieses wird durch einen zweiten Theil specieller Normen, welche kraft einer indirecten Hinweisung des Erklärenden auf das allgemein Uebliche auf Grund seines Wunsches in die Erklärung aufgenommen wird, vervollständigt. Es wird also der Sinn der Erklärung nur aus sich selbst heraus ergänzt, nur die Bedeutung jener indirecten Hinweisung nach ihrem näheren Inhalte festgestellt, also gewissermaßen eine von dem Erklärenden absichtlich freigelassene Stelle innerhalb der Erklärung in einer seinem Wunsche entsprechenden

---

[1]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. 1875. S. 333. Anm. 28b. S. 334.

[2]) Die gegentheilige Meinung würde an Goethe's: „Legt Ihr's nicht aus, so legt was unter“ erinnern.

Weise ausgefüllt; ergänzt wird nur dasjenige, was er nicht selbst direct ausfüllt.[1])

Eine Reihe von Quellenstellen, welche von dem Standpunkte der herrschenden Meinung jeder Auslegung spotten,[2]) lassen sich in der angegebenen Weise erklären.

Ein diligens paterfamilias, der, sich für einen Erben haltend, seine Sachen als Legate auszahlt, würde, befragt, in welchem Sinne er für den immerhin möglichen Fall, daß ein anderer Erbe sei, sein Verhalten aufgefaßt wissen wolle, sicherlich antworten, daß er für diesen Fall einen animus heredem obligandi habe; darum erwirbt er auch unter dieser Bedingung eine actio negotiorum gestorum contraria.[3])

---

[1]) So wird vielleicht die Bezeichnung des Preises einer ausführlichen Bestimmung des Verkäufers, diejenige seiner Evictionshaftung aus seiner mittelbaren Hinweisung auf das Verkehrsübliche entnommen. — Das so ausführlich Bestimmte pflegt man vielfach, wie oben erwähnt ist, in Anlehnung an eine Redeweise der Quellen, in einem besonderen Sinne als ausdrücklich zu bezeichnen, worauf zur Vermeidung von Verwechslungen gar nicht scharf genug hingewiesen werden kann. Dieser Sprachgebrauch läßt sich nun einmal nicht vermeiden. Will man andeuten, daß der Inhalt des Bewußtseins nicht blos expressis verbis, sondern in seiner vollen Breite dargestellt worden ist, so empfiehlt sich hierfür übrigens auch das Wort „ausführlich". — Weil die mittelbaren Vertragsfestsetzungen durch Hinweis auf Verkehrsgebräuche gewöhnlich stillschweigend geschehen und sehr häufig sind, so hat man die Begriffe des mittelbar oder implicite Bestimmten und des tacite Bestimmten nur zu oft confundirt. Vgl. dagegen die treffenden Bemerkungen Eisele's in der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 20. S. 16. Anm. Derselbe mag auch noch nachträglich als ein sehr entschiedener Vertreter der hier angefochtenen Uebersetzung des Wortes consensus erwähnt werden (ebenda S. 19). Vergl. überhaupt die l. 11. §. 1. dig. de act. empti 19, 1 und das oben am Schlusse des §. 10 Ausgeführte.

[2]) Hierher gehören auch die von Kohler in den dogmat. Jahrb. Bd. 16. S. 329. 330 mitgetheilten Beispiele.

[3]) l. 49. dig. de neg. gestis 3, 5. (Africanus). Vgl. l. 50. §. 1. dig.

Wenn eine Tradition in Folge eines Dissenses über den trabirten Gegenstand nichtig ist,[1]) so behält doch der Trabent den animus possidendi, weil ein diligens paterfamilias, auf eine solche Eventualität aufmerksam gemacht, erklärt haben würde, daß er sich für diesen Fall seine Besitzrechte vorbehalte.[2])[3])

Als Grundsatz ist proklamirt, daß ein bona fide serviens nur dann eine von ihm angetretene Erbschaft für sich erwerben könne, wenn sich dies als der Sinn seines Verhaltens ergiebt.[4])

---

de her. pet. 5, 3. Für den Fall einer Auslage von Impensen für eine fremde Sache von Seiten dessen, der sie bona fide besitzt, nehmen die Römer einen gleichen animus obligandi nicht an (l. 29. pr. dig. communi dividundo 10, 3), wahrscheinlich weil in solchen Fällen selbst dem diligens paterfamilias der Gedanke an die Eventualität, die Sache könne einem anderen gehören, gar zu ferne liegt, auch durchaus nicht immer anzunehmen ist, daß die impensae, selbst wenn sie necessariae sind, dem Herren eine Ausgabe ersparen; denn vielleicht würde sich die Auslage für ihn billiger gestellt haben, wenn die Sache, wie es sich gehörte, bei ihm gewesen wäre.

[1]) l. 34. dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2. Vgl. hierzu Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 17. S. 325. l. 6. dig. de donat. 39, 5.

[2]) Zufolge der Analogie der l. 25. §. 1. dig. de usufr. 7. 1. würde sogar nach der Meinung des Verfassers ein Trabent, welcher eine Person vor sich sieht, von der er nicht weiß, ob sie für sich oder einen Anderen Besitz ergreifen will, die Sache zu ihren Händen in das Eigenthum desjenigen, aus dessen Vermögen die Valuta entnommen ist, übertragen wollen. Darüber, daß man es überhaupt bei Stellvertretungen mit der Erkennbarkeit des Hinweises auf den Principal nicht zu strenge nehmen muß, vgl. Ihering, dogm. Jahrb. Bd. I. S. 312. Schloßmann, d. Besitzerwerb. d. Dritte. S. 151 ff.

[3]) Die nachfolgenden Stellen sind namentlich von Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 137—141. 472. 474 benützt, freilich dort zu dem Beweise der unten zu widerlegenden Ansicht, daß die Parteien bei den Rechtsgeschäften nur die wirthschaftlichen, nicht die rechtlichen Folgen wollen. Wer, sich für den Sklaven eines anderen haltend, für diesen die Erbschaft antritt, der will die wirthschaftlichen Folgen dieses Geschäfts nicht mehr und nicht minder, als die rechtlichen, für sich selbst herbeiführen.

[4]) arg. l. 54. pr. de adquir. rerum dominio 41, 1. Modestinus: Homo

Und doch erwirbt er bei dem Antritte einer Erbschaft diese ohne weiteres, sofern er nur nicht auf Befehl seines Herrn antritt.[1])

Warum die Quellen so entscheiden, darüber lassen die Schlußworte der lex 60 (59) pr. dig. de hered. instit. 28, 5 keinen Zweifel; sie sagen aus, daß ein solcher Erbschaftsantritt, sobald er nicht erzwungen sei, als ein Antritt im eigenen Namen, für den Fall, daß der Antretende frei sei, ausgelegt wird. Ist nämlich der putative Sklave redlich, so wird er die Erbschaft nach dem Grundsatze, daß wir keinem dasjenige zufügen dürfen, was uns selbst unerwünscht ist, nur dann für seinen Herrn erwerben wollen, wenn die Erbschaft ihm selbst, falls er frei sein sollte, begehrenswerth sein müßte.[2]) Durch seinen Erbschaftsantritt für den Herrn

---

liber hereditatem nobis adquirere non potest, qui bona fide nobis servit: adquiret, si tamen sponte sua sciens conditionem suam adierit: nam si jussu nostro adierit, neque sibi neque nobis adquiret, si non habuerit animum sibi adquirendi quod si eam mentem habuit sibi acquirit. Vgl. hierzu Pernice, Marcus Antistius Labeo Bd. II. S. 171. Anm. 66.

[1]) l. 19. Pomponius de adquir. rerum dom. 41, 1. (Pomponius): .... sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens jussu ejus cui serviet hereditatem adisset, heredem ipsum fieri nec interesse quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset: quod si ita, ut et ipse vellet, ipsum fieri heredem (Vgl. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 138. 139. l. 60 (59) pr. dig. de heredibus instituendis 28, 5. Liber homo cum sibi serviret, heres institutus jussu tuo adiit. Trebatius esse eum heredem: Labeo tunc non esse heredem, si necessitate id fecerit, non quod alioquin (d. h. eventuell) vellet obligari. Vgl. Kohler a. a. O. S. 140. Das Gleiche ist für Hauskinder in der l. 34. pr. de acquir. vel. om. hered. 29, 2. bestimmt.

[2]) Hat er mala fide gehandelt, so fällt er selbst in die einem anderen gegrabene Grube. Hier, wie überall, gestattet die Präsumption der Redlichkeit bei der Auslegung demjenigen, dessen Erklärung ausgelegt wird, keinen Gegenbeweis gegen diese Präsumption. Mag es für diesen auch bisweilen vortheilhafter sein, als ein unredlicher Mensch zu gelten, ja mag er sogar die schlagendsten Beweise der Schlechtigkeit seiner Gesinnung bei-

erklärt er einen eventuellen Antritt für sich durch einen stillschweigenden Hinweis [1]) auf dasjenige, was er, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte, gewollt haben würde.

Genau das Gleiche gilt von der l. 13, §. 2. dig. de actione commodati 13, 6:

> Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem, nam et Celsus filius ajebat, si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur. [2])

---

bringen, so hilft ihm das doch nichts. Die Präsumption der Redlichkeit wird ihm im allgemeinen Interesse aufgezwungen. Vgl. aber auch Burkhard, S. 370 ff.

[1]) Die l. 19. cit. bezeichnet also den Antritt für sich selbst als etwas quod non senserit, zugleich aber als den Gegenstand des „et ipse velle". Dies letzteres ist eben ein bloßes „alioquin velle", von dessen Inhalt der Wollende kein Bild hat, sondern das er nur durch einen Hinweis auf das nach einer angemessenen Interpretation Festzustellende bestimmt. Lenel, dogm. Jahrb. Bd. 19. S. 247. Anm. 120. scheint die Beweiskraft der l. 19. anzuzweifeln, weil die l. 54. pr. dig. de acqu. rer. dom. 41, 1. in unserem Falle einen seiner rechtlichen Lage kundigen bona fide serviens voraussetzt. Allein eben deshalb enthält sie für den dieser Lage Unkundigen gar keine Bestimmung.

[2]) Kohler folgert (Jahrb. f. Dogmat. Bd. 18. S. 137. 138. 473.) aus dieser Stelle, daß man bei den Rechtsgeschäften nur die wirthschaftlichen, nicht die rechtlichen Folgen zu wollen brauche, und nennt den Schluß der Stelle, welcher die Entscheidung anders begründet, eine „lahmfüßige Argumentation". Es ist aber in der That nicht einzusehen, warum die

Wenn ein Sklave einem Freien etwas verſprach, ſo haftete er zwar nur naturaliter, jedenfalls aber erklärte er damit, dem Gläubiger inſoweit rechtlich verbindlich ſein zu wollen, als dieſes nach Rechtsvorſchrift möglich war. Auf die Frage, wie es denn gehalten werden ſolle, falls er etwa wider Erwarten frei ſein ſollte, würde er als redlicher Menſch ſicherlich anworten müſſen, daß er dann civiliter haften wolle. Würde er dies nicht thun, ſo würde er ja geradezu dadurch bekennen, daß er die Haftung fürchte, daß es alſo ſeine Abſicht ſei, den Gläubiger zu enttäuſchen.

Mit der herrſchenden Lehre ſind dieſe Stellen ſchlechterdings unvereinbar.

Daß alle die Schwierigkeiten, welche man in dieſer Lehre ſehen zu müſſen glaubt, einzig und allein aus der oben widerlegten Ueberſetzung des Wortes consensus herrühren, dürfte zweifellos ſein. Bezeichnet consensus die beiden inneren Willen zweier individuellen Perſonen, ſo bleibt nichts übrig, als alle diejenigen leges contractus, an welche ſie bei dem Geſchäftsabſchluſſe nicht gedacht haben, in rein willkürlicher Weiſe und ohne ein Maß des Umfanges dieſer Maßregeln zu dem wirklich Gewollten hinzuzufügen.[1]) Bezeichnet dieſes Wort aber die Erklärungen, und iſt weiterhin beſtimmt, daß der Sinn der Erklärungen, ſich nach dem individuellen Willen nur inſoweit, als dieſer hervortrat, ſonſt aber nach demjenigen eines Durchſchnittsmenſchen richtet, ſo weiß die Praxis ſtets, was gelten ſoll, ſie hat dafür eine zwar ohne

---

zweite Hälfte der Stelle darum lahmfüßiger ſein ſoll, als die erſte, weil nur dieſe zu der von Kohler vertretenen Anſicht paßt. Ganz in dem gleichen Sinne ſprechen ſich die lex 54. §. 1. de acquir. rer. dom. 41, 1. und die l. 118. pr. dig. de verb. obl. 45, 1. aus.

[1]) Die naturalia negotii ſind alſo zwar nicht immer gewollt, immer aber als gewollt erklärt, und darauf allein kommt es an.

Lebenserfahrung nicht benutzbare, trotzdem aber sichere Grundlage in den durch Beobachtung zu ermittelnden Gewohnheiten des Verkehrslebens.

§. 12.

Vertragswirkung und Vertragszweck. Vertrag und Rechtsgeschäft.

Ist der Sinn zweier Vertragserklärungen und die von ihnen anerkannte lex contractus ermittelt, so kann es immer noch zweifelhaft sein, ob die Parteien die Absicht hatten, ihren Inhalt unter den Schutz des Rechtszwanges zu stellen. Diese Absicht hat keinen für alle Fälle passenden Namen, im einzelnen heißt sie bald animus tradendi, bald animus obligandi, bald animus servitutis constituendae u. dgl. Diese Begriffe gehören so sehr zu dem täglichen Brote des praktischen Juristen, daß eine neuere Ansicht, welche annimmt, daß alle diese Absichten des Rechtserfolges für den Thatbestand der Abreden, auf deren Wirksamkeit sie sich beziehen, gleichgültig sind, eine völlige Umwälzung unserer juristischen Anschauungen würde nach sich ziehen müssen, wenn sie in ihrem vollen Umfange richtig wäre.[1]) Diese Ansicht, der

[1]) Vgl. schon Savigny, System III. S. 6. nota g. Lotmar über causa im Römischen Rechte. München 1875. S. 15 ff. Schloßmann, der Vertrag, 1876. S. 128 ff. Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 331. Bd. 18. S. 150. 155, welcher ebenda Bd. 17. S. 318 behauptet, die herrschende Lehre für alle Zeiten widerlegt zu haben. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878. S. 364 ff. Schloßmann in Grünhut's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. VII. S. 569 ff. und in eingehender Ausführung dieses Gedankens Lenel, „Parteiabsicht und Rechtserfolg" in Ihering's dogmat. Jahrb. Bd. 19. Nr. 5. Eine vermittelnde Stellung zwischen dieser Ansicht und der herrschenden Lehre

herrſchenden Lehre widerſtreitend, iſt doch nur ihre Ausgeburt. Wenn man lehrt, daß der Vertragsinhalt bei der Abrede durchweg bewußt gewollt ſein müſſe, wenn man dennoch daran feſthält, daß oft Rechtswirkungen eintreten, an welche die Parteien bei jener Gelegenheit nicht dachten, ſo muß man ſchließlich annehmen, daß dieſe außerhalb des Inhalts des Conſenſes liegen.[1]) Dem Verfaſſer macht natürlich von ſeiner Interpretation der Quellen aus dieſe Ergänzung des nicht klar bewußt Gedachten keinerlei Schwierigkeit. Aber auch das bei dem Geſchäfte klar Gedachte ſei, ſo meint man, nicht der Wille eines Rechtserfolges. Dabei verwechſelt man aber das nur dem Namen nach Unbekannte mit dem ſachlich Fremden. Für die Haftung eines Contrahenten iſt es eben ſo gleichgültig, ob ihm der juriſtiſche Name des Geſchäftes bekannt iſt, wie etwa die Unkenntniß der demſelben in der franzöſiſchen Sprache zukommenden Bezeichnung. Wer die Ausſicht erlangen will, eine geliehene Summe wiederzuerhalten und im Nothfalle darauf zu klagen, der erwirbt eine Darlehnsforderung, auch wenn er nicht weiß, daß man jene Ausſicht ſo nennt. Wer einem Freunde zu Liebe auf die Möglichkeit, von ihm eine Summe einzutreiben, ſo verzichtet, daß dieſer ſich im Nothfalle auch vor Gericht darauf ſoll berufen können, der hat einen Schulderlaß vollzogen, ohne vielleicht das Geſchäft richtig benennen zu können.[2]) Man behaupte nicht, daß die Parteien

---

beobachtet Bruns, kleine Schriften Band II. S. 454—456. 476. Gegen Kohler vgl. namentlich Pernice, Zeitſchrift für Handelsrecht Band 25. S. 79 ff. Vgl. jetzt auch Karſten, die Lehre v. Vertrage. Roſtock 1882. S. 16.

[1]) Vgl. Savigny Bd. III. S. 6, welcher jedoch nur von einſeitigen Geſchäften ſpricht. Eiſele, krit. V.-J.-Schr. Bd. XX. S. 7. nimmt einen „unbewußten Willen" an; dagegen Lenel, dogm. Jahrb. Bd. XIX. S. 158.

[2]) Geſchäfte wie addictio in diem, lex commissoria, Beſtellung einer superficies u. dergl. werden faſt niemals von den nichtjuriſtiſchen Parteien bei ihrem Namen gekannt.

an jenen Nothfall der gerichtlichen Geltendmachung nicht denken. Der diligens paterfamilias denkt daran, ihm ſind die Executionsobjecte eines Creditſuchenden oft bedeutungsvoller, als deſſen ehrliches Geſicht. Mindeſtens iſt der Hinweis auf den Staatszwang[1]) etwas Verkehrsübliches und ſomit durch mittelbaren Hinweis als gewollt erklärt.

Daß dieſer Hinweis auf den Staatsſchutz der gewollten thatſächlichen Folgen, welcher dieſe eben zu rechtlichen Folgen macht, eine Vorausſetzung des gültigen Vertrages iſt, zeigt ſich an der Möglichkeit, ihn auch da durch Abrede auszuſchließen, wo er ſonſt als verabredet würde präſumirt werden müſſen.[2])[3]) Im Verkehrsleben wird er vermuthet, bei Verſprechungen im Freundeskreiſe ohne eine erkennbare bindende Abſicht der Regel nach nicht.[4]) Ein auf das bloße Anſtandsgefühl, nicht auf Rechtszwang hinzielendes Verſprechen kann man überhaupt von dem rechtsgültigen nur durch das Fehlen der Rückſicht auf den Rechtszwang unterſcheiden. Bisweilen, z. B. bei wichtigen Geſchäften, conſtruiren ſich die juriſtiſch gebildeten Parteien oder die für ſie arbeitenden Richter und Notare die juriſtiſche Natur des unter Rechtsſchutz zu ſtellenden oder des Rechtsſchutzes zu entkleidenden thatſächlichen Zuſtandes ganz genau.[5])

---

[1]) Dieſer iſt bei Naturalobligationen nur ein indirekter.

[2]) Ein Contrahent allein kann ihn durch doloſe oder culpoſe Mentalreſervation nicht hemmen. So iſt das Beiſpiel in Schloßmann's Vertrag S. 564 zu beurtheilen. A. M. mit Unrecht Thomſen, rechtliche Willensbeſtimmung S. 8.

[3]) l. 3. §. 2. dig. de oblig. et act. 44, 7. Auch l. 7. §. 12. dig. de pactis 2, 14. iſt in dieſem Sinne auszulegen.

[4]) Vgl. Jhering's Jurisprudenz des täglichen Lebens XIII. Nr. 9. (Widerruf der Einladung eines Freundes.)

[5]) Dies geſchah in Rom häufiger, als es leider heutzutage der Fall iſt. Vgl. Jhering, Geiſt des röm. Rechtes §. 18a. Vierte Auflage.

Uebrigens ist die Differenz der neueren Schriftsteller durchaus nicht so groß, als es scheint, weil Iliacos intra muros et extra eine scharfe Bestimmung, was nun eigentlich in jedem Falle bewußt gewollt sein muß, fehlt.[1]) Von unserem Standpunkte beantwortet sich die Frage dahin, daß die Parteien alle diejenigen Erfolge durch directe Bestimmung unter Rechtsschutz stellen, also diejenigen Rechtserfolge direct festsetzen müssen, welche, ergänzt durch den indirecten Hinweis auf das Verkehrsübliche, den Vertragsinhalt nach der Vorschrift des Rechtes thatsächlich ausführbar machen. Die Rücksicht auf die Ermöglichung der thatsächlichen Beobachtung der lex contractus durch die Partei und auf ihre im Nothfalle erfolgende Erzwingung durch die Staatsmacht ist es, von welcher der Umfang der bei einer Vertragsabrede in jedem einzelnen Falle durch besondere Festsetzung anzuordnenden Bestimmungen abhängt.[2])

Leipzig 1878. S. 292. — Diesen Fall allein schildert Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 385, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 433 ff. Auf nichtjuristische Contrahenten paßt seine Schilderung nicht. Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung. Kiel 1882. S. 21, geht zu weit, wenn er meint, daß sie gar nicht passe. — Der animus sese obligandi beruht allerdings, wie Schloßmann, Vertrag S. 137, hervorhebt, nicht auf dem Bestreben, den Zwang des eigenen Gewissens zu verstärken, allein er beruht meist darauf, daß ohne eine solche Verpflichtung der Mitcontrahent die Gegenleistung nicht machen würde. Vgl. auch Brinz, Pand. S. 1575.

[1]) Zitelmann, dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 396. 397. meint, die „ersten Rechtsfolgen" müßten beabsichtigt sein. Kohler, dogmat. Jahrb. Bd. 18. S. 148 hält diese unbestimmte Formel für „wissenschaftlich und praktisch werthlos" und verlangt nicht einen auf die „Rechtsfolgen" sondern einen auf „einen Rechtsakt" (dogm. Jahrb. Bd. 16. S. 333) oder „ein Rechtsinstitut" (ebenda Bd. 16. S. 106) gerichteten Willen. Dabei bleibt die Frage offen, wodurch sich diese in Gegensatz gestellten Arten des Willens unterscheiden sollen.

[2]) Die Rechtsvorschrift kann besondere Formen verlangen. Ueber c. 17. Cod. de fide instrumentorum 4, 21, welche davon ausgeht, daß, wer ein Versprechen niederschreiben will, seine Anerkennung desselben aufschiebt,

Damit ist freilich noch immer nicht die Frage beantwortet, wonach man im einzelnen Falle, wenn die rechtliche Natur des Geschäftes nicht formulirt [1]) oder vielleicht von Laien falsch benannt worden ist, [2]) diese Rechtswirkung erkennt. [3]) Nach den oben gegebenen Auslegungsregeln, welche bei der Abrede der Rechtsfolgen nicht minder gelten als bei dem sonstigen Vertragsinhalte, [4])

---

bis er es nochmals schwarz auf weiß gesehen hat, und die Nichtbeachtung dieser Stelle durch moderne Verkehrsgewohnheit und Praxis vgl. Regelsberger, Erörterungen S. 145 ff. Handbuch II. S. 422.

[1]) Man denke an die Abgabe des Briefes am Postschalter, das Einsteigen in den Omnibus u. dergl.

[2]) So bleibt z. B. die Leihbibliothek trotz ihres Namens eine Vermiethungsbibliothek. So mit Recht Baron, Pandekten §. 275, I.

[3]) Bei den Formalgeschäften (von Kohler, dogm. Jahrb. Bd. 18. S. 156. „Typengeschäfte" genannt) fällt diese schwierige Frage weg. Gerade um die letztere zu vermeiden, hat das älteste einfache Recht nur solche Geschäfte zugelassen.

[4]) Mit Unrecht folgert Kohler daraus, daß vielleicht im einzelnen Falle die Rechtsfolgen nicht direct gewollt sind (Bd. 16. S. 338), die Ueberflüssigkeit ihrer Festsetzung. Auch von anderen Vertragsbestandtheilen gilt das Gleiche. Sie alle brauchen nur nach dem Sinne der Erklärung durch Verweisung auf das Uebliche erklärt zu werden. — Kohler argumentirt ferner Bd. 16. S. 105 aus l. 19. dig. de usu leg. 33, 2. Si alii fundum, alii usum fructum ejusdem fundi testator legavarit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare eo modo: „Titio fundum detracto usu fructu lege: vel Sejo ejusdem fundi usum fructum heres dato", quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit. Allein Regelsberger verweist mit Recht auf das interdum (Handbuch II. S. 387. Anm. 2.) Die Stelle sagt übrigens nicht, wie manche Lehrbücher fälschlich berichten, daß man nicht dem einen die Sache, dem anderen den Nießbrauch hinterlassen könne, sondern nur, daß man es in der dazu bestimmten lateinischen Form thun müsse. Mit dem Wegfalle dieser Form ist die Vorschrift weggefallen. Schon durch die Verschmelzung mit den Fideicommissen ist es geschehen, und sie gehört zu den veralteten formalen Vorschriften, welche Justinian mit

entscheidet der erkennbare Sinn der Vertragserklärung und dieser hängt wieder von dem erkennbaren Zwecke, welchen die lex contractus nach der Meinung des Erklärenden haben soll,[1]) ab, d. h. von dem thatsächlichen Erfolge, welcher in der Außenwelt oder in der Seele eines Menschen[2]) durch die Abrede erzeugt und dessen Eintreten zugleich durch die Ermöglichung eines Rechtszwanges befördert werden soll. Es hängt also, um in der Sprache Wach's[3]) zu reden, der „Rechtseffect" von dem gewünschten „Natureffecte" ab. Dieser muß immer zuerst bestimmt und nach dem Satze, daß, wer den Zweck erstrebt, auch die dazu geeigneten Mittel will,[4]) muß die verabredete rechtliche Wirkung aus dem verabredeten Zwecke des Geschäfts festgestellt werden, d. i. aus

---

der Bestimmung mittheilt, daß der Richter selbst sie von den noch beizubehaltenden aussondern solle. §. 3. inst. de legatis 2, 20: quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum.

[1]) Nicht von dem besonderen Zwecke seiner Unterwerfung unter dieselbe, welcher seinem Mitcontrahenten gleichgiltig ist, mag dieser besondere Zweck erkennbar sein oder nicht.

[2]) Es ist hier namentlich an die „Befriedigung" des Gläubigers gedacht.

[3]) Archiv f. civilist. Praxis Band 64. S. 239.

[4]) Es behält sich jemand bei dem Verkaufe seines Gartens einen „Apfelbaum" vor (Jhering, Rechtsfälle I. B.). Damit will er die Aussicht auf denjenigen Rechtsschutz erlangen, welcher hier allein möglich ist, also die superficies, deren Namen er nicht kennt. Ich will mit dem Omnibus zum Bahnhofe fahren dürfen (d. h. unter rechtlicher Garantie, also mit der Aussicht auf Schadensersatz bei Nichterfüllung) und Geld dafür geben. Hier will ich diejenige Befugniß, welche zur Realisirung meines Zweckes gewährt ist, ohne zu wissen, daß sie actio locati heißt. Warum ist die Uebergabe eines Briefes an den Freund zur Bestellung ein Mandat und der gleiche Act gegenüber dem Dienstmanne locatio operis? Weil nur im letzten Falle ein Lohn stillschweigend bezweckt ist, und daher nur die Miethsforderungen als das Mittel zur Sicherung dieses Zweckes gewollt sein können u. s. w. — Ein abschreckendes Beispiel der entgegengesetzten Methode, welche den Rechtserfolg nicht nach dem factischen Zwecke abmißt,

dem Erfolge, welchen es für beide Contrahenten haben soll.[1]) Darum fragt man bei allen Verträgen nach ihrer causa, d. h. danach, ob und in welcher Weise für die Vertragsleistung von dem Mitcontrahenten oder einem anderen der Abrede zufolge ein Entgelt gegeben werden soll. Liegt über diese Entgeltfrage eine gültige Abrede nicht vor, so ist das Geschäft sine causa;[2]) wenn den Contrahenten bei ihren Einzelerklärungen eine Antwort auf diese Entgeltfrage überhaupt nicht in erkennbarer Weise vorschwebte, so fehlt es an dem ernstlichen animus contrahendi;[3]) denn nur als Mittel zu realen Zwecken

sondern umgekehrt verfährt, theilte ein älterer Praktiker dem Verfasser mit. In einer kleinen Stadt ließ sich ein durchreisender Fremder aus einer Möbelleihanstalt durch seinen Diener Betten holen. Als er auf einen angemessenen Entgelt verklagt wurde, erkannte der Richter, das Geschäft sei ein Commodat und folglich (sic!) unentgeltlich. Ein Beispiel der richtigen Argumentation vgl. z. B. bei Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 81.

[1]) Traditionen und Stipulationen sind keine Zwecke, sondern nur Mittel zu solchen.

[2]) Dingliche Geschäfte unterliegen nur einem obligatorischen Anfechtungsrechte, offenbar um dritte redliche Erwerber nicht zu verletzen. arg. l. 1. §. 1. dig. de condictione causa data 12, 4.

[3]) arg. §. 40. inst. de rer. div. 2, 1. (vgl. Hesse, dogm. Jahrb. Bd. 15. S. 79), welcher somit der l. 36. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. nicht widerspricht. Das römische Recht verlangt nur, daß bei der Tradition der Zweck, welcher einem jeden der beiden Contrahenten vorschwebte, erwiesen werden muß, und daß aus diesem Zwecke der animus dominii transferendi gefolgert werden kann, nicht aber, daß die beiderseitigen Zwecke unter einander übereinstimmen, und noch weniger, daß sie, wie die Lehre vom titulus und modus annahm, ein gültiges Rechtsgeschäft bilden müssen. Vgl. auch Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechts I. §. 186. Die Tradition ist also kein abstraktes, aber auch kein von der Gültigkeit eines auf sie abzielenden vorhergehenden Vertrages abhängiges Geschäft. In der im Texte angegebenen Art dürfte auch die l. 7. §. 4. dig. de pactis II, 14. besser zu erklären sein, als in der gewöhnlichen Art.

haben die Rechtswirkungen einen Sinn und werden auch nur so verabredet.[1])

Bei der Auslegung des Vertrages muß also der Richter sich folgende Fragen vorlegen:

1) Welche Gründe und Zwecke der Offerte traten bei derselben erkennbar hervor?[2])
2) Von welchen dieser Gründe und Zwecke mußte der Acceptant nach den allgemeinen Auslegungsregeln annehmen, daß der Offerent ihm zumuthe, nach ihnen den Inhalt und die Bedingungen der vorgeschlagenen Vertragsnorm abhängig zu machen?

Diejenigen, hinsichtlich deren dies der Fall ist, sind bei Zustimmung des Acceptanten als die causa contractus anzusehen.[3])

Die Gründe und Zwecke des einzelnen sind für sich allein

---

[1]) So mit Recht Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 3. S. 11 ff. 2. Aufl.

[2]) Grund und Zweck einer Handlung gehören zu ihren psychologischen Ursachen oder Voraussetzungen (causae). Der Zweck ist das durch die Handlung zu erreichende Ziel, der Grund eine Annahme oder Erwartung, welche dies als begehrenswerth oder das Mittel als geeignet erscheinen läßt. Aus dem Grunde schließt man auf den Inhalt des Zweckes, aus dem Zwecke einer Erklärung auf deren Sinn. Ueber Zweck und Absicht vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 117 ff.

[3]) Ebenso wie die voluntas contrahentium kein in der Seele schwebender, sondern ein aus der thatsächlichen Abrede zu entnehmender Gedanke ist, so ist auch die causa des Vertrags d. i. sein „Grund und Zweck" im Sinne von Gedanken, welche äußerlich an der Abrede haften und von dort entnommen werden können, zu verstehen. Er bezeichnet nämlich die Voraussetzungen, Erwartungen und Wünsche der Parteien, welche zufolge der gemeinsamen Abrede (nicht nach dem Sinne des einzelnen) bei der Feststetzung des Vertragsinhaltes, d. i. des Gegenstandes, der Vorbedingungen und der Dauer der rechtlichen Vertragswirkung in Betracht gezogen werden sollen.

ebenso bedeutungslos wie seine Absicht, es gilt nicht die Absicht des einzelnen,[1]) sondern die Abrede beider.

Diese causa des Vertrages ist also der Schlüssel zur Feststellung seiner rechtlichen Wirkung. Gerade darin gipfelt die Hauptkunst der praktischen Jurisprudenz bei der Auslegung der Verträge, in den Seelen der Contrahenten zu lesen, wie ihre Absichten sich bei dem Vertragsschlusse in ihren Erklärungen abspiegelten, und aus dem gemeinsamen Spiegelbilde diejenige Rechtswirkung herauszufinden, welche zu ihrem gemeinsamen Zwecke führt, ihre gemeinsame Erwartungen befriedigt und ihren gemeinsamen Voraussetzungen entspricht.[2])

---

[1]) Von seinem Standpunkte allein läßt sich eine causa contractus nicht gewinnen; jeder Contrahent hat seine eigenen Voraussetzungen und Erwartungen, und was für den einen Zweck ist (z. B. der Empfang der Waare oder des Preises), das ist für den anderen Mittel (die Leistung der Waare oder des Preises). Mit Recht spricht daher Karlowa, Rechtsgeschäft S. 161 ff., von einer Causalberedung und von einem Gesammtwillen S. 173. Nur darf man nicht glauben, daß neben den beiden Vertragserklärungen noch eine besondere Causalberedung steht, sondern die causa ist der aus diesen Erklärungen erkennbare Zweck. Die Abrede über die causa und der Vertragsschluß sind also Thatsachen, welche räumlich und zeitlich zusammenfallen. Vgl. über den Begriff der causa die bei Windscheid, Pand. §. 98. Anm. 1, §. 318 Anm. 4. Citirten und Lotmar, Ueber causa im römischen Rechte. München 1875. Alle diese Schriften werden trotz ihres großen Gedankenreichthums der außerordentlichen Einfachheit ihres Gegenstandes nicht gerecht.

[2]) Das hier Vorgetragene berührt sich vielfach mit Windscheid's bekannter Lehre von der Voraussetzung (Die Lehre von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. Lehrbuch des Pandektenrechts. §. 97—100. Vgl. namentlich §. 98. am Anfange, vgl. auch Baron, Pandekten, 4. Auflage §. 60), unterscheidet sich aber von derselben in folgenden Punkten:

1. Windscheid unterscheidet sprachlich die Voraussetzungen vergangener und gegenwärtiger Umstände nicht von den Erwartungen zukünftiger. Die letzteren nennt man besser mit einem besonderen

Dieſen einfachen Begriff der causa kann man aber nicht gewinnen, wenn man an der metaphyſiſch-angehauchten Conſenstheorie, welche der Verfaſſer bekämpft, feſthält. Richtig iſt es,

---

Namen, da man dasjenige, was erſt hinterher kommen ſoll, nicht vorausſetzen kann.

2. Windſcheid unterſcheidet nicht die Vorausſetzungen und Erwartungen der Parteien von den Nebenbeſtimmungen, welche ſich aus ihrem Vorhandenſein für den Vertragsinhalt als gewollt ergeben. So iſt die beiderſeitig als maßgebend anerkannte Erwartung, daß eine Gabe als dos dienen ſoll, wohl zu unterſcheiden von der hieraus folgenden Beſtimmung, daß die Rechte des Empfängers an dem Gegebenen und ihre Dauer beſchränkt ſein ſollen. Dieſe Beſchränkungen ſind mit jener Erwartung nicht identiſch, ſondern ihre Conſequenz.

   Namentlich mit dem modus iſt die Erwartung (Vorausſetzung) der Erfüllung des modus nicht zu identificiren; denn ſie unterſcheidet ſich erſtens von der aus ihr folgenden Feſtſetzung, daß das Gegebene bei Nichterfüllung des modus zurückerſtattet werden ſoll, und zweitens von der Verpflichtung des Empfängers zur Erfüllung des modus. Die Abrede der Zuläſſigkeit dieſer letzterwähnten durch actio praescriptis verbis erzwingbaren Pflicht iſt mit der vorhererwähnten Einräumung einer condictio ab causam datorum durchaus nicht in den einen Begriff „Vorausſetzung" zuſammenzufaſſen, da die eine ohne die andere vorkommen kann, und beide ſind von der Vorausſetzung oder Erwartung, aus der ſie folgen, zu unterſcheiden.

3. Die Vorausſetzung ſoll nach Windſcheid (Pand. §. 97) eine „unentwickelte" Bedingung ſein (ebenſo Baron, Pandekten a. a. O.). Was damit gemeint iſt, dürfte zweifelhaft ſein. Soll es etwa heißen, daß aus ihrem Vorhandenſein die Einſchiebung einer Bedingung in die lex contractus zwar gefolgert werden muß, die Parteien aber dieſen logiſchen Schluß ſich nicht ſelbſt entwickelt haben, ſo iſt dies mit der Maßgabe richtig, daß, wie die causa dotis beweiſt, aus der Parteierwartung (Vorausſetzung) nicht blos Bedingungen, ſondern auch Beſchränkungen der Vertragswirkung folgen. Soll es heißen, daß ſie darum keine Bedingung ſei, weil die Parteien ſich deſſen nicht bewußt waren, daß die Zufügung der Vorausſetzung die Geſchäftswirkungen, wie ſie ohnedies ſein würden, bedingt, ſo

daß unter den verschiedenen Gründen und Zwecken der Abrede [1]) eine als die unentbehrliche causa, d. h. als der für einen ernstlichen Vertrag unentbehrliche [2]) Zweck hervorgehoben wird, also die Abrede über den Entgelt der übernommenen Leistung, d. h. darüber, ob sie umsonst, als Schenkung oder aus Gefällig-

---

kann dieser Unterscheidung zwischen Bedingung und Voraussetzung nicht zugestimmt werden, da es durchweg gleichgültig ist, ob die Parteien das von ihnen Gewollte seinem juristischen Namen nach kennen, also auch, ob sie wissen, daß es eine Bedingung ist. Vielleicht soll aber etwa drittens der Ausdruck „unentwickelte Bedingung" darauf hindeuten, daß bei dinglichwirkenden Verträgen, z. B. Traditionen dotis causa, das Fehlschlagen der beiderseitigen Erwartung (Voraussetzung), z. B. die Auflösung des Verlöbnisses, nicht mit dinglicher, sondern nur mit obligatorischer Kraft, d. h. nicht gegen Dritte, wirkt, während bei wahren Resolutivbedingungen der richtigen Meinung nach ein dinglicher Rückfall verabredet sein kann. (Windscheid, Pand. §. 97. Anm. 1. und die dort citirten Quellenstellen. Uebrigens heißt in den Quellen auch die blos obligatorisch wirksame Resolutivbedingung conditio l. 1. pr. dig. de donat. 39, 5. Windscheid, Pand. §. 90. Anm. 2. Vgl. auch Fitting, Zeitschr. für Hdlsr. II. S. 242 ff.) Dies ist allerdings richtig, paßt aber nur auf gewisse Verträge und gewisse Erwartungen. — Eine authentische Interpretation des Ausdruckes „unentwickelten Bedingung" in dem angegebenen Sinne würde zur Aufklärung dieser Materie sicherlich beitragen.

[1]) Der Ausdruck Schuldgrund statt Vertragsgrund (so z. B. Regelsberger, Handbuch II. S. 482 ff.) ist nicht quellenmäßig; denn auch die stipulatio selbst gehört zum Schuldgrunde und doch wird sie von ihrer causa unterschieden.

[2]) Windscheid nimmt neben der erwähnten Voraussetzung unter dem Namen causa (Pand. II. §. 318. Anm. 5) noch einen zweiten Begriff, den „juristischer Rechtfertigungsgrund" an, d. i. einen Umstand, dessen Mangel die Vertragswirkungen als „materiell ungerecht" erscheinen läßt. Der Begriff des materiellen Unrechtes kann aber, wenn man ihn in seine logischen Elemente auflöst, auch nur zu den im Text entwickelten, also zu einer Einheit des Begriffes causa hinführen.

keit,[1]) oder gegen einen Entgelt geschehen, ferner, ob im letzteren Falle dieser Entgelt in einer Schuldbefreiung oder in einer Leistung bestehen, und endlich, ob dieser Entgelt aus dem Vermögen des Mitcontrahenten oder von einem Dritten herkommen soll.[2])

Es ist streitig, ob man aus einem Versprechen auch dann klagen kann, wenn verabredet war, daß der Gläubiger Zweck und Grund der Abrede und namentlich die Aequivalentfrage zur Geltendmachung seiner Forderung nicht soll aufzuklären brauchen. Man nennt eine solche Abrede einen abstracten Vertrag.[3]) Ihre

---

[1]) So bei depositum, commodatum, pignus und bei dem unverzinslichen mutuum, endlich auch bei den Intercessionen.

[2]) Mit diesen Formen erschöpfen sich die gesammten Verträge, welche pecuniäre Wirkungen haben. Die pecuniär-indifferenten Acte des jussus, der eintreibenden und der auflösenden Kündigung (vgl. über diesen Unterschied des Verfassers Ausführungen in den dogm. Jahrb. Bd. 17. S. 469 ff.), endlich des consensus als Erlaubnißerklärung werden in den Quellen nicht Verträge genannt. — Wenn man diese causa vielfach die „erste Absicht" oder den „ersten Zweck des Geschäfts" nennt (vgl. Windscheid, Pand. §. 98, Dernburg, Lehrb. d. pr. Privatrechtes §. 93), so wird man in Verlegenheit kommen, sobald man sie hiernach im einzelnen Falle richtig bestimmen will, da ein Geschäft mehrere Erfolge neben einander bezwecken kann (Lotmar, causa S. 52 ff.), und selbst dann, wenn es mehrere Erfolge hinter einander bezweckt, der zeitlich erste durchaus nicht immer die materielle causa ist, so daß also mit dem Worte „erste" causa an zeitliche Priorität nicht gedacht sein kann. Wenn z. B. zwei Kaufleute in der erklärten beiderseitigen Absicht, sich geschäftlich einander zu nähern, einen Vertrag abschließen, so ist die Annäherung ein zeitliches prius, die Vertragswirkung ein posterius; die materielle causa liegt aber nicht in der Annäherung, sondern in der Antwort auf die Aequivalentfrage, also die causa emptionis venditionis. Man läßt daher die Vorstellung des „ersten" hier besser fallen, da sie zur Aufklärung der Sache nicht geeignet ist.

[3]) Vgl. hierüber die bahnbrechende Schrift von-Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. Cassel u. Göttingen 1867; ferner die bei Windscheid, Pand. II. §. 318. Anm. 4. citirte Literatur, endlich neuerdings Regelsberger in Endemann's Handbuch II. §. 251.

Wirkung ist eine Verschiebung der zum Schutze gegen grundlose Ansprüche aufgestellten Vertheilung der Beweislast. Daß die Zulassung solcher Verträge denkbar und praktisch durchführbar ist, läßt sich nicht bestreiten, trotzdem hält der Verfasser sie für höchst gefährlich,[1]) durch kein Bedürfniß erfordert[2]) und im römischen Rechte nicht anerkannt.[3]) (Anm. 3 siehe nächste Seite, Note 1.)

S. 482. Der große juristische Werth dieser Schriften soll durch die Anfechtung ihrer Tendenz nicht verkleinert werden.

[1]) Vgl. Hesse, dogm. Jahrb. Bd. 15. S. 78. Anm. 1. Archiv f. civil. Praxis Bd. 57. S. 185. Das Wuchergesetz wird dadurch völlig illusorisch. Der Wucherer läßt über den Zins einem dem Opfer unbekannten Menschen ohne Zeugen den abstracten Schuldschein ausstellen. Nachher tritt der „redliche" Dritte, gepanzert mit der Präsumption der bona fides, auf und zieht dem Opfer die Schlinge um den Hals, welchen die Theorie für ihn, ohne es zu wollen, erfunden hat. — Wer zehn Mal an seinen Gläubiger schreibt, er bekenne ihm 100 Mark schuldig zu sein, bitte aber um Stundung, mag nachher, wenn er zehn Mal verklagt wird, nachweisen, daß dieses „abstracte Versprechen" — denn dafür wird man es doch halten müssen, da es alle Erfordernisse eines abstracten Schuldscheins, wie er beispielsweise dargestellt zu werden pflegt, hat — identisch ist. Sollte etwa das Stundungsgesuch an der abstracten Natur des Geschäftes irre machen, so kann der Gläubiger es ja, wenn es vor dem Schuldbekenntnisse steht, wegschneiden. Wie oft wird der abstracte Schuldschein an den einen, die zu Grunde liegende Forderung an den anderen cedirt werden? Man scheint in der That die schlimmen Folgen der Wechselfreiheit noch verzehnfachen zu wollen. Wenn die Reichsgesetzgebung dies wirklich anerkennen sollte, dann wird der Wucher so schnell wieder emporblühen, daß sie den gethanen Schritt nach Art der Aktiengesetzgebung und Wucherfreiheit gar bald reumüthig wird widerrufen müssen.

[2]) Regelsberger (Handbuch, Bd. II. S. 485) macht freilich geltend, daß bloße Redensarten im Schuldscheine wie „Werth empfangen" u. dgl., welche in der Praxis vielfach als zu dem Nachweise der causa genügend angesehen werden, völlig werthlos sind. Daraus folgt aber nur, daß diese laxe Praxis dem Sinne des Gesetzes zuwiderhandelt und eine genauere Aufklärung der Aequivalentfrage verlangen muß. Wer freilich die falsche Thatsache eines bestimmten Darlehnsempfanges einräumt, der muß dies

Eine andere Frage ist es, ob, wenn die Aequivalentfrage beantwortet ist, das Geschäft ohne weiteres gilt, oder nur dann, wenn es ein solches ist, welches im recipirten oder dem sonst geltenden Rechte als gültig anerkannt ist. Die Praxis hält vielfach daran fest und auch der Verfasser meint, daß dies, sofern man nur nicht die deutschen Gewohnheitsrechtssätze allzu sehr beschränkt, das Richtige ist. Freilich hat man diesen Punkt bei und seit der Reception immer in einem gewissen Dunkel gelassen, um einerseits nicht ungeschriebenes deutsches Recht zu unterdrücken und andererseits nicht richterlicher Willkür Thür und Thor zu öffnen. Erst neuerdings ist mit Entschiedenheit der Grundsatz der richterlichen Souveränetät in der Beurtheilung der Bestimmung derjenigen Vertragszwecke, welche klagbar sein sollen, ausgesprochen worden.[2]) Hiernach würden also die Rechtsunterthanen

---

als außergerichtliches Zugeständniß (nicht als Versprechen) gelten lassen. c. 13. Cod. de non num. pec. 4, 30. Der Gegenbeweis wird ihm jedoch bei der herrschenden freien Beweistheorie nicht allzu schwer sein.

[1]) A. M. Windscheid, Pand. §. 318. Anm. 4, vgl. die dort citirte l. 25. §. 4. dig. de probat. 22, 3. und Bähr, Anerkennung, §. 22. Die Stelle bezieht sich zwar auf Schuldscheine, welche in dem Hinblicke auf eine schon bestehende Schuld ausgestellt sind. Um so mehr muß sie bei anderen gelten, bei denen nicht einmal die hieraus entnehmbare Vermuthung einer causa vorliegt. — Ueberhaupt ist die Zulassung eines so gefährlichen Rechtsinstitutes durchaus nichts Selbstverständliches. Vgl. auch c. 2. Cod. de non. num. pec. 4, 30.

[2]) Schloßmann, der Vertrag, S. 193 ff. Vergl. auch Kohler, Bd. XVIII. S. 155. Das moderne Recht sagt: „Ich werde einem jeden Versprechen bezüglich der Herbeiführung eines wirthschaftlichen Erfolges eine bestimmte rechtliche Kraft zuschreiben, sofern nicht bestimmte Gründe der Sittlichkeit, der socialen Ordnung, der individuellen Freiheit u. s. w. im Wege stehn." Allein, wenn jedes Geschäft nur „eine bestimmte rechtliche Kraft" haben kann, so muß es also Bestimmungen hierüber geben, und diese müssen auch, um anwendbar zu sein, ihr Anwendungsgebiet genau abstecken.

in dieſer praktiſch wichtigen Frage auf das ſchwankende Ermeſſen des ihnen zufällig übergeordneten Richters hingewieſen ſein.[1]) Zugleich würde mit dieſem Grundſatze die Nothwendigkeit, jedes Geſchäft einer der im objectiven Rechte anerkannten Klaſſe begrifflich unterzuordnen, um die darauf bezüglichen Vorſchriften zu finden, für den Richter ſtark gelockert werden, da er ja die Möglichkeit haben würde, in jedem ſchwer conſtruirbaren Geſchäfte eine neue nach ſeinem Ermeſſen für klagbar erachtete Vertragsart zu erblicken und es nun auch im übrigen dieſem Ermeſſen zu unterſtellen. Die weſentlichſte Garantie der Rechtsſicherheit würde aber hierdurch zerſtört werden.

Mit der Lehre von den Vorbedingungen gültiger Verträge hängt auch die Frage zuſammen, ob der Vertrag ein Rechtsgeſchäft iſt. Mit Unrecht hat man dem Begriffe des Rechtsgeſchäftes die Quellenmäßigkeit beſtritten.[2]) Die Lehre von der negotiorum gestio beruht freilich auf einem weiteren Begriffe. Ein negotium iſt jede Handlung mit der Abſicht der Vermehrung, der Erhaltung[3]) oder der dem davon Betroffenen zweckmäßigen Aufopferung von Sachen oder Rechten.[4]) Dieſe können dem

---

[1]) Früher mochte man hier, wie ſonſt im Nothfalle, auf das „Vernunftrecht" hinweiſen, jetzt, da man weiß, daß es ein ſolches utopiſches Recht nicht giebt, kann man die Richter höchſtens auf den Standpunkt des Geſetzgebers ſtellen wollen.

[2]) Pernice, Labeo, I. S. 403 ff. Schloßmann, Lehre vom Zwange, S. 11. Vertrag, S. 133. Bruns, Pandektenfragmente, kleinere Schriften. Bd. II. S. 453.

[3]) Dahin gehört auch die Zahlung von Schulden, inſoweit ſie die Execution abwendet; inſoweit ſie des Schuldners Gewiſſen beruhigt, iſt ſie eine zweckmäßige Aufwendung.

[4]) Hiernach zerfallen die negotia in mea und aliena. Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio 1860. S. 195. Windſcheid, Pand. §. 430. Anm. 1. Geſchäfte eines anderen ohne meinen Auftrag

Handelnden oder einem Anderen gehören. Mit einem Worte: „Ein negotium ist jeder Act einer Vermögensverwaltung."

Wenn nun bestimmt ist,[1]) daß die furiosi und infantes nullum negotium gerere können, so ist es klar, daß das Recht ihnen Geschäfte, wie das Füttern der Thiere und das Pflügen des Feldes nicht hat versagen wollen, weil es dies nicht konnte. Im Sinne der Lehre von der Handlungsunfähigkeit giebt es also einen engeren juristischen Begriff des negotium, ein negotium juris. Dieses bedeutet:

> eine Handlung oder einen Complex von Handlungen,[2]) welche oder welcher — nach den rechtlichen Auslegungsgrundsätzen betrachtet — die Absicht ausdrückt, einen vom objectiven Rechte zum Schutze der Wirksamkeit solcher Handlungen verheißenen[3]) Erfolg herbeizuführen.[4])

---

sind natürlich erst von der Ratihabition ab mea, weil sie erst von da ab mein Vermögen berühren können.

[1]) §. 8 inst. de inutilibus stipul. 3, 19. §. 10 eodem. Anwendungen in l. 1. §. 3. dig. de adquir. vel. am. poss. 41, 2. l. 32. §. 2. eod. Eine Ausnahme in cst. 3. Cod. de poss. 7, 32.

[2]) Die einzelne Vertragserklärung ist kein Rechtsgeschäft.

[3]) Dieses Begriffsmerkmal ist namentlich von Brinz, Pand., hervorgehoben worden.

[4]) Das ist auch bei Occupationen, Derelictionen und Specificationen der Fall. Ich will an dem geschossenen Hasen nicht minder Recht erwerben, als an dem gekauften. So mit Recht Lenel, dogmat. Jahrb. Band 19. S. 164 ff. gegen Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 313 ff. Vgl. auch Bruns, Pandektenfragmente. S. 454. Den Kindern ist hiernach das Occupiren, Derelinquiren und Specificiren ohne die Aufsicht handlungsfähiger Personen versagt. Letztere erwerben in Folge ihrer Anweisung durch die Kinder für denjenigen, für den sie, die Erwachsenen, es wollen (vgl. Ihering, dogmat. Jahrb. Bd. I. S. 289). Dies dürfte den Zweck haben, den Kindern die selbstständige Ausübung solcher Thätigkeiten abzu-

Die gegebene Begriffsformulirung ist für die Lehre von der Handlungsunfähigkeit und deren praktische Anwendung unerläßlich. Zu einer anderen Definition des Rechtsgeschäftes liegt eine Veranlassung nur da, wo, wie im preußischen Landrechte eine allgemeine Formvorschrift für Willenserklärungen[1]) gegeben ist. Nunmehr ersehen wir auch das Verhältniß der Begriffe Vertrag und Rechtsgeschäft. Nach dem Begriffe des consensus[2]) müssen wir auch solche Abreden Verträge nennen, welche die vereinbarte Vertragsnorm nur unter den Schutz des Anstandsgefühles, nicht des Rechtes stellen, bei denen also verabredet ist, daß die Contrahenten sich vor Gericht nicht auf den Vertrag sollen berufen dürfen. Es giebt also auch Verträge, welche nicht Rechtsgeschäfte sind. Von juristischem Interesse sind diese freilich nicht.[3])

---

schneiden. Auch hinsichtlich des Schatzerwerbes durch Kinder schließt sich der Verfasser der strengeren und quellenmäßigeren, neuerdings wieder von Brinz, Pandekten. 2. Aufl. S. 571, verfochtenen Ansicht an (l. 3. §. 3. dig. de acquir. vel amittenda possessione 41, 2. A. M. Windscheid, Pandekten. §. 184. Anm. 9. Bruns, Pandektenfragmente. S. 460). Der legislatorische Grund des Schatzerwerbes dürfte lediglich in der Erwägung, daß die Sache doch irgendwo bleiben muß, zu sehen sein. Darum würde es sich wohl schwerlich gelohnt haben, allzusehr von der allgemeinen Occupationslehre abzuweichen. Vgl. Ihering, Rechtsfälle. Nr. 99.

[1]) Hier bilden diese einen engeren Begriff; denn es ist z. B. zweifellos, daß die Occupation eines Hirsches im Werthe von mehr als fünfzig Thalern einer schriftlichen Aufzeichnung nach preußischem Rechte nicht bedarf.

[2]) l. 1. §. 2. dig. de pactis II. 14. Diejenigen, welche die Identität zwischen consensus und Vertrag verneinen, wie Köppen in den dogmat. Jahrb. Bd. 11. S. 282 und Eisele in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 20. S. 18. (Sohm in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 17. S. 81 spricht von „Consenserklärungen") thun dies natürlich nur in Folge der oben §. 2 widerlegten falschen Uebersetzung des ersteren Wortes.

[3]) Erst kurz vor Vollendung des Druckes geht dem Verfasser die vorwiegend dogmengeschichtliche Schrift von Karsten, „Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters". Rostock 1882, zu.

§. 13.

Stillschweigende Bedingung und Beweggrund.

Schon oben wurde ausgeführt, daß nicht nur der Geschäftsinhalt, d. h. der unter Rechtsschutz gestellte Erfolg, sondern auch die Geschäftsbedingungen, d. h. die Umstände, von deren Existenz der verabredete Rechtsschutz abhängen soll, nach den beiderseits für maßgebend erklärten Geschäftszwecken, Voraussetzungen und Erwartungen der Contrahenten bestimmt werden müssen.[1])

Gerade so wie der Geschäftsinhalt und namentlich die ge-

Sehr anerkennenswerth ist deren Tendenz, die herrschende Lehre aus ihrer Entstehungsgeschichte zu kritisiren. Auch der Verfasser beabsichtigt im zweiten Theile des Buches die Entwickelung der herrschenden Irrthumslehre zu schildern und kann erst dort näher auf die citirte Schrift eingehen. Nur möchte er schon jetzt bemerken, daß man von den Formalgeschäften nicht wohl sagen kann (S. 20), daß der consensus bei ihnen „auf die Form" gehe. Er geht vielmehr auf einen bestimmten Inhalt *in* einer Form, freilich nicht auf den vollen Inhalt der gepflogenen Abrede, sondern nur auf die Feststellung der dem *einen* nachtheiligen Folgen, nicht auch darauf, wie es mit dem Entgelte gehalten werden soll. Uebrigens enthält z. B. die stipulatio insulam fabricari nicht mehr und nicht minder zunächst nur eine Bezeichnung der wirthschaftlichen und eine blos mittelbare Andeutung der rechtlichen Folgen, als z. B. Kauf und Miethe. A. M. anscheinend *Karsten*, S. 20, dessen Ansicht z. B. für das alte dare damnas esto richtig ist. Jedenfalls gestattet es uns die Autorität eines festen Sprachgebrauches nicht, den nichtformalen Geschäften den Namen von „Rechtsgeschäften" zu verweigern (vgl. S. 20). Inwiefern übrigens, wie *Karsten* S. 3 meint, durch die klarere Erkenntniß der Mängel der Justinianischen Compilation die äußere Autorität des römischen Rechtes „für die Theorie wie für die Anwendung vernichtet" sein soll, vermag der Verfasser nicht einzusehen.

[1]) Der gemeine Sprachgebrauch nennt auch den Geschäftsinhalt vielfach Geschäftsbedingungen. Der Jurist wird gut thun, beides zu unterscheiden. Das preußische Landrecht (§. 120. I. 5) thut es freilich nicht.

wollte Rechtsfolge oft nur ſtillſchweigend erklärt iſt, alſo aus den gewählten Ausdrücken erſt gefolgert werden muß, ſo ſind auch die Bedingungen des Geſchäftes vielfach tacitae, d. h. ſie können nicht direct aus den Worten der Abrede, ſondern müſſen anderswoher, d. h. durch eine Vergleichung derſelben mit dem allgemein Ueblichen entnommen werden.[1]) Dies ſtimmt mit dem oben entwickelten Begriffe der ſtillſchweigenden Erklärung[2]) durchaus überein. Leider hat ſich aber der Mißbrauch eingeſchlichen, dieſe ſtillſchweigenden Bedingungen ohne weiteres mit den conditiones juris oder, wie die Quellen ſie nennen,[3]) supervacuae[4]) zu identificiren. Dieſes iſt darum unrichtig, weil zwar alle conditiones juris ſtillſchweigende Bedingungen ſind, nicht aber umgekehrt, vielmehr giebt es conditiones tacitae, welche durchaus nicht ſelbſtverſtändlich oder überflüſſig ſind, ſondern auf einer beſonderen, wenn auch ſtillſchweigenden Feſtſetzung beruhen.[5]) So

---

[1]) extrinsecus veniunt. l. 99. dig. de cond. et demonst. 35, 1. l. 1. §. 3. dig. eodem. l. 25. §. 1. dig. quando dies 36, 2.

[2]) l. 21. dig. de jure dotium 23, 3. l. 68. dig. eodem. l. 65. §. 1. dig. de leg. I. XXX. aliud enim est juris, si quid tacite contineatur, aliud si verbis exprimatur.

[3]) l. 22. §. 1. dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat 36, 2. „frustra adduntur“ l. 12. dig. de cond. instit. 28, 7.

[4]) So ſcheint Windſcheid, Pand. §. 88. Anm. 8, indem er die Frage erörtert, ob jede conditio tacita zur „eigentlichen“ Bedingung gemacht werden könne, annehmen zu wollen, daß es Bedingungen, welche ohne weiteres eigentliche und zugleich ſtillſchweigend geſetzte ſind, nicht giebt.

[5]) Man überſehe übrigens nicht, daß die conditiones juris oder supervacuae wieder in zwei Arten zerfallen: die unvermeidlichen, welche nicht durch Abrede ausgeſchloſſen werden können, z. B. die Bedingung: si heres adierit bei den dieſem Erben auferlegten Vermächtniſſen (l. 107. dig. de cond. et dem. 35, 1. l. 22. §. 1. dig. quando dies legatorum 36, 2. l. 19. §. 1. dig. de cond. 35, 1) und zweitens die vermeidlichen, d. h. ſolche, von denen verabredet werden kann, daß ſie ausnahmsweiſe nicht gelten ſollen,

ist z. B. die stillschweigende Bedingung der Eheschließung bei einem Versprechen, welches dotis causa geschieht, durchaus keine supervacua. Wird eine Stipulation ohne Zusatz abgeschlossen, so ist diese Bedingung nicht tacite in ihr enthalten. Nur, wenn noch nebenbei die Abrede getroffen wird, daß das Versprochene als dos dienen solle, so legt man diese Abrede als die stillschweigende Einschiebung der Bedingung, daß zunächst die Ehe geschlossen werden soll, aus.[1]) Ebenso wie nun die Bedingung der Eheschließung stillschweigend aus den Erwartungen, welche in die Vertragsnorm als für beide Contrahenten maßgebend aufgenommen worden sind, gefolgert werden muß, weil sonst diese gemeinsamen Erwartungen enttäuscht werden würden, so müssen auch sonst aus Erwartungen oder Voraussetzungen, welche beiderseits als maßgebend anerkannt werden, stillschweigende Bedingungen dann abstrahirt werden, wenn nur durch deren Festsetzungen diesen Erwartungen und Voraussetzungen genüge geschehen kann. So folgt z. B. aus der beiderseits als berechtigt anerkannten Voraussetzung, daß ein individuell nach seiner räumlichen Lage bestimmter Gegenstand, welcher sich äußerlich wie ein Clavier darstellt und vom Käufer z. B. im Hinblicke auf seine äußere Beschaffenheit und im Vertrauen auf die Güte der Fabrik als solches ausgesucht worden ist,[2]) auch wirklich Töne von sich

---

z. B. die gesetzliche Bedingung für die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses, daß seitens des Vermiethers vorgeleistet sein muß. l. 60. pr. dig. locati conducti 19, 2.

[1]) l. 21, 68. dig. de jure dotium 23, 3. cum omnis dotio promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Gleiches gilt von der Zufügung einer bedingten ademtio legati, welche auch die datio bedingt macht. l. 107 de cond. 35, 1.

[2]) Wäre das Clavier nur der Gattung nach gekauft, so würde, da ein nicht tönendes sogen. Clavier überhaupt kein Clavier ist, bei der Lieferung eines solchen nicht blos eine Eigenschaft des Geschäftsgegenstandes, sondern

zu geben fähig ist, die stillschweigende conditio in praesens relata für den Kauf der bestimmten Sache, daß diese beiderseitige Voraussetzung richtig ist.[1]) Das Gleiche gilt von allen durch

---

dieser selbst fehlen. Man muß also bei der Lehre vom Irrthume in den Eigenschaften die Verträge über ein genus von denjenigen über eine species genau unterscheiden.

[1]) Solche Bedingungen heißen, weil sie keinen Schwebezustand nach sich ziehen, uneigentliche. arg. l. 100, 120 de verb. obl. 45, 1. l. 37—39. de rebus oreditis 12, 1. l. 16. dig. de injusto test. 28, 3. l. 10. §. 1. de cond. instit. 28, 7. Ihre Einfügung in das Geschäft ist aber von großer praktischer Bedeutung; denn sie soll die Geschäftswirkung ausschließen, wenn die Bedingung unmöglich ist. arg. l. 16. cit. 28, 3. Durch diese praktische Bedeutsamkeit unterscheiden sie sich von der als unmöglich bekannten Bedingung, bei welcher die Vertragsabsicht, sowie von der conditio juris und von der als nothwendig bekannten Bedingung, bei welcher die Bedingungsabsicht fehlt. Man verwechsle also nicht das Uneigentliche mit dem praktisch Gleichgültigen. — Es ist eine auffallende Erscheinung, daß man diese in den Quellen wohlbezeugten Bedingungen nicht als solche anerkennen will. Es heißt von ihnen nur, daß sie conditionem (d. h. hier einen Schwebezustand) non faciunt oder potestatem conditionis non obtinent, freilich auch, daß sie nullae sind (l. 10. §. 1. dig. de cond. instit. 28, 7). Doch soll im zweiten Theile erwiesen werden, daß nullus bei Geschäften oft nicht so viel wie nichtexistirend, sondern nur so viel wie nichtig oder inanis heißt, d. h. zwar physisch existirend, aber nicht „für das Recht als solches existirend", ohne diejenige rechtliche Kraft, welche denselben Namen trägt wie der nichtige Geschäftsact. Nichtige Acte sind also nicht nothdiger Weise ganz unwirksam, sondern nur ohne die der Regel nach m Namen oder ihrem Inhalte zukommende Wirkung. Conditiones lae sind hiernach Bedingungen ohne diejenige Rechtswirkung, welche man chfalls conditio nennt, d. i. ohne Schwebezustand, also ohne eine in die kunft hineingreifende Kraft. (Vgl. über Nichtigkeit vorläufig Schloßann, Zur Lehre vom Zwange. 1874. S. 17, und dagegen Zitelmann, Irrtum u. Rech S. 287). Wären die nichtigen Bedingungen keine Bedingungen, sie den letzteren Namen überhaupt nicht haben. Indem man und nicht bedachte, daß unsere conditiones nicht so heißen sie es nicht wären, that man geradezu den Parteiintentio So scheute man sich z. B., den Artikel 322 des

beide Parteien ausdrücklich oder stillschweigend als unerläßliche Geschäftsbedingung vorausgesetzten Eigenschaften.[1]) Diese Folgerungen rechtfertigen sich daraus, daß alle Bedingungen gegenwärtiger und vergangener Umstände so wie alle Suspensivbedingungen den Zweck haben, Enttäuschungen zu verhüten, welche das Geschäft nach sich ziehen müßte, wenn es den Bedingungszusatz nicht in sich enthielte.[2]) Etwas Gleiches gilt von den

---

Handelsgesetzbuches auf sie anzuwenden. Vgl. hierüber Dernburg, Lehrbuch d. preuß. Privatrechts. I. §. 86. Anm. 13. Es ist dies eine von den Controversen, welche jedem unbefangenen Nichtjuristen mit Recht völlig unbegreiflich erscheinen. Um die Anerkennung dieses von einem lebendigen Verkehrsbedürfnisse erforderten Institutes, dessen Geltung aus Doctrinarismus ohne jeden vernünftigen Zweck angezweifelt wird, hat sich namentlich Fitting (Archiv f. civilist. Praxis. Bd. 39. S. 320 ff.) verdient gemacht. Nur hätte er die den Quellen entlehnte Terminologie der „uneigentlichen" Bedingungen hier unangetastet lassen sollen.

[1]) Vgl. Hartmann, dogmat. Jahrb. Bd. 20. S. 49. Wir werden im zweiten Theile des Buches unterscheiden: Den Dissens über eine Eigenschaft, welche das Bestimmungsmerkmal des Geschäftsobjectes ist = dissensus in re, den Irrthum über das Vorhandensein einer Eigenschaft, welches Geschäftsbedingung ist, drittens den Irrthum über eine Eigenschaft, bei welcher dies nicht zutrifft, welche aber doch nach der Abrede prästirt werden soll, endlich den Irrthum über die für den einzelnen vielleicht wichtige, in der gemeinsamen Abrede aber nicht als solche bestimmte Eigenschaft. Letzterer ist gleichgültig (s. den zweiten Theil).

[2]) Man fragt, was durch die Suspensivbedingung aufgeschoben, bezw. durch die unmögliche conditio in praesens vel praeteritum relata ausgeschlossen werde, Wille oder Gewolltes. Nach der Meinung des Verfassers wird dasjenige suspensirt oder ausgeschlossen, was nach Wegstreichung des Bedingungssatzes als Geschäftserfolg erklärt sein würde. Man kann auch sagen: dasjenige, was bei Geschäften einer gewissen Art im Zweifel als sogleich und auf alle Fälle gewollt gilt, wird durch die Einfügung der Bedingung ausnahmsweise aufgeschoben oder ausgeschlossen. Vgl. Windscheid, Pand. §. 86. Anm. 3a. Karlowa, das Rechtsgeschäft. S. 76—83 und die bei Windscheid Citirten.

Resolutivbedingungen, welche, mag man sie auffassen, wie man will, jedenfalls den Thatbestand einer Anordnung des Wegfalles der ursprünglichen Geschäftswirkung in sich enthalten.[1]) Hiernach beantwortet sich die wichtige Frage:

> Woran erkennt man im einzelnen Falle, ob ein Umstand, z. B. das Vorhandensein einer Eigenschaft, von welchem bei der Abrede gesprochen wurde, in diese Abrede als für deren Inhalt und Bedingungen maßgebend aufgenommen worden ist?

Die Form der Bedingung kann bei formlosen Verträgen hier natürlich nicht entscheiden.[2]) Das Wort „wenn" kann aus

---

[1]) Vgl. Windscheid, §. 86. Anm. 6. Manche meinen, die Resolutivbedingung „inhärire" dem Hauptgeschäfte und „bilde mit ihm eine Einheit". Der menschliche Geist besitzt allerdings die Fähigkeit, zwei verschiedene Vorstellungen so in einander zu schieben, daß sie sich ihm als ein geistiges Bild darstellen. Wie ich in meinem Innern das Bild eines Menschen und dasjenige eines Zimmers so verbinden kann, daß ich mir den Menschen als in dem Zimmer befindlich denke, so kann ich auch die Thatbestände der Hauptabrede und der Abrede einer Resolutivbedingung in meinem Kopfe in ähnlicher Weise gruppiren. Daraus folgt freilich nicht, daß dies so in meiner Phantasie combinirte Bild auch draußen in der Wirklichkeit ein derartiges ist. — Andere meinen, die resolutivbedingte Rechtswirkung sei von Anfang an keine vollkräftige; dies folgt daraus, daß alle suspensivbedingten Geschäfte zunächst vorläufige und später definitive Wirkungen haben. Die Selbstständigkeit der Resolutivbedingung neben dem Rechtsgeschäfte zeigt sich auch in der Möglichkeit, sie bei Testamenten nach dem Satze: utile per inutite non vitiatur zu streichen. Windscheid, Pand. §. 554. Anm. 18. Wäre endlich die Resolutivbedingung ein bloßes pactum, kein contractus. so hätte sie als in continenti factum auch bei Stipulationen ipso jure gültig sein müssen, vgl. dagegen l. 44. §. 2. dig. de obl. et act. 44, 7.

[2]) Vergl. die oben angeführten Belegstellen für die Existenz von conditiones tacitae. A. M. Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft. S. 597. Vgl. dagegen oben S. 191. Anm. 4.

Verſehen mit „weil" verwechſelt oder ganz vermieden ſein.[1]) Die herrſchende Meinung beantwortet die geſtellte Frage durch den Satz, daß „bloße Beweggründe" unerheblich ſind.[2]) Es giebt alſo ihr zufolge „bloße" und „nicht bloße" Beweggründe. Dieſe Formel iſt eben ſo unſchädlich wie inhaltslos. So lange man nicht ein Kennzeichen der „bloßen" Beweggründe beſitzt, iſt der „bloße" Beweggrund ein bloßes Wort.[3])

Um dieſes Kennzeichen zu finden, wollen wir zunächſt die letztwilligen Verfügungen betrachten. Man dürfte jetzt darüber einig ſein, daß bei dieſen auch der Mangel von Beweggründen für die Gültigkeit des Geſchäftes bedeutungsvoll ſein kann.[4])

---

[1]) z. B.: Bei dem Bevorſtehen des Todes meines kranken Sohnes ſoll meine Bibliothek meinem Freunde vermacht ſein."

[2]) Vergl. ſtatt vieler Ihering, dogm. Jahrb. Bd. I. S. 321. Nur Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeſchäft. S. 157 ff. S. 414 ff., zieht aus ſeinen Prämiſſen die Conſequenz, daß alle Beweggründe ausnahmslos unerheblich ſind. Er erkennt freilich daneben das Inſtitut der Vorausſetzung an, Bedingungen aber nur, wenn ſie in der „Form" der Bedingung anerkannt ſind (a. a. O. S. 597), alſo nicht die conditiones tacitae.

[3]) Nichtsſagend und unbeſtimmt iſt auch die Theorie Heſſe's, Archiv f. civ. Pr. Bd. 57. S. 184. Ueberhaupt macht es wenig aus, ob man mit Heſſe die Erheblichkeit des Irrthums in den Beweggründen als Regel oder ob man ſie mit der herrſchenden Lehre als Ausnahme hinſtellt, ſo lange nicht genau angegeben wird, wonach man im einzelnen Falle entſcheiden kann, ob die Regel oder die Ausnahme vorliegt. Vgl. zu dieſer Lehre überhaupt Brinz, Pand. 1. Aufl. §. 318. S. 1410. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes. I. §. 93. Auch der Unterſchied zwiſchen Vorausſetzung und Beweggrund läßt ſich nicht halten (vgl. Windſcheid, §. 78. Anm. 3), ſofern man nicht mit Windſcheid unter einer Vorausſetzung nicht dieſe ſelbſt ſondern die aus ihr folgende Geſchäftsbeſtimmung verſteht, vgl. oben S. 243. Anm. 2.

[4]) arg. c. 5. Cod. de test. 6, 23. c. 4. 7. Cod. de her. inst. 6. 24. c. 10. Cod. de leg. 6, 37. l. 28. dig. de inoff. test. 5, 2. l. 93 (92) dig. de her. inst. 28, 5. Windſcheid, Pandekten. §. 98. Anm. 6. Nach vor-

Man würde jedoch sehr irren, wenn man den Irrthum in allen geistigen Vorstellungen, welche den Geschäftsschluß hervorgerufen haben, für wichtig halten wollte. Selbstverständlich ist es zunächst, daß die Richtigkeit einer Vorstellung, welche das Geschäft nur veranlaßte, nicht zu demselben bestimmte, für dessen Bestand nicht von Einfluß sein kann.[1]) Allein auch der Glaube an die

---

justinianischem Rechte galt bei dem Legatenformalismus (sicherlich nicht bei Fideicommissen) eine Gleichstellung der falsa causa, welche nicht als Bedingung formulirt war, mit der falsa demonstratio, also die volle Unerheblichkeit des nicht zur-Bedingung gemachten Beweggrundes, wie sie Zitelmann, S. 500, 522, noch heute allgemein versicht. Dieser altcivile Satz, daß ein Beweggrund, um bedeutsam zu sein, in einen Bedingungssatz eingekleidet sein müsse, quia ratio legandi legato non cohaeret, ist von Justinian zwar in l. 17. §. 2, 3. dig. de cond. 35, 1. und in §. 31. inst. de leg. 2, 20 recipirt worden, es ist aber durch die gleichzeitige Aufnahme der l. 72. §. 6. dig. de cond. 35, 1, mitgetheilt, daß der Satz durch das prätorische Recht stark eingeschränkt war, indem nach diesem Rechte zwar nicht alle Beweggründe, aber doch diejenigen, bei denen feststeht, alias legaturum non fuisse, Bedingungen der Gültigkeit des Geschäftes sind; daher denn Ulpianus selber, abweichend von den fragmenta XXIV. §. 19, in der l. 75. §. 2. dig. de leg. I. XXX. die falsa causa mit der falsa condicio vergleicht und der falsa demonstratio entgegenstellt, offenbar hier vom Standpunkte des wirklich geltenden prätorischen Rechtes, während er in den fragmenta vom theoretischen Civilrechtsstandpunkte aus argumentirte. Wenn in unserem Corpus juris jener Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Rechte unausgeglichen mitgetheilt wird, obwohl er durch die Verschmelzung der Legate mit den Fideicommissen weggefallen war, so erklärt sich dieses daher, daß nach §. 3. dig. inst. de legatis 2, 20 von dem Grundsatze, Veraltetes wegzulassen, für die Legatenlehre eine Ausnahme gemacht worden ist, weil die hastigen Compilatoren meinten, es sei „operae pretium", die schwierigen Consequenzen aus der Verschmelzung der beiden Vermächtnißarten nicht selbst zu ziehen, sondern der Praxis und Wissenschaft zur Feststellung zu überlassen. So ausdrücklich §. 3 cit.

[1]) So wenn ich irriger Weise glaube, einen Freund von ferne zu sehen, und dies mir den Anstoß giebt, seiner in meinem Testamente zu gedenken. Vgl. Windscheid, Pand. §. 98. Anm. 6.

Richtigkeit eines wirklichen Beweggrundes wird in zwei Fällen trotz seiner Irrthümlichkeit die Geltung des Geschäfts unangetastet lassen: Erstens, wenn der durch ihn erzeugte Erfolg von dem eigentlich erwünschten Erfolge nur in einem dem Erklärenden gleichgültigen Punkte abweicht.[1]) Zweitens dann, wenn neben der irrigen bestimmenden Voraussetzung noch andere bewegende Vorstellungen vorlagen, welche auch, falls jene Voraussetzung gefehlt hätte, doch für sich allein die Erklärung hervorgetrieben haben würden.[2])

Solche Beweggründe, welche hiernach selbst bei einseitigen Verfügungen gleichgültig sind, d. h. diejenigen, welche nicht zu unerwünschten Wirkungen hinführen und von ebenso wirksamen sonstigen Motiven begleitet sind, können auch bei Verträgen nicht in Betracht kommen. Bei diesen sind aber keineswegs alle sonstigen Beweggründe erheblich, sondern nur erkennbar gewordene. Allein selbst dies genügt nicht: sie müssen noch außerdem von beiden Contrahenten als für den Geschäftsinhalt und die Geschäftsbedingungen maßgebend anerkannt sein. Entscheidend ist auch hier der beiderseitige übereinstimmende Sinn der Parteierklärungen.

---

[1]) So z. B. wenn jemand zwei Bilder, von welchen er je eines einem jeden seiner beiden Freunde vermachen will, durch das Loos an sie vertheilt und sich über die Entscheidung des Looses irrt, also jedem dasjenige Bild giebt, welches der Schicksalsspruch ihm nicht bestimmt hatte.

[2]) So wenn ein Vater glaubt, ein Schwimmer habe seine drei dem Ertrinken nahen Söhne aus dem Wasser herausgeholt, und ihm deshalb durch Vermächtniß eine Schuld erläßt, es sich nachher aber herausstellt, daß der so Bedachte nur zwei Söhne gerettet hatte, der dritte aber selbst an das Land geschwommen war. Das im Texte Ausgeführte ist nur eine Umschreibung des alias legaturum non fuisse der l. 72. §. 6. de cond. 35, 1. des non instituturus der c. 4. Cod. de hered. instit. 6, 24. (vgl. auch das legaturus in der c. 10. Cod. de legatis 6, 37.) und des aliter non daturus der l. 2. §. 7. de don. 39, 5.

Seine Ermittelung ist hier quaestio facti; dennoch aber werden sich in dieser Lehre einige allgemeine Grundsätze finden lassen.

Betrachten wir zunächst die obligatorischen Verträge. Hier werden wir vor allem behaupten müssen, daß da, wo die Voraussetzung oder Erwartung eines Umstandes nachweislich für beide Theile die unerläßliche Vorbedingung des Abschlusses oder des Inhaltes der Abrede war, das Geschäft, falls das Vorausgesetzte oder Erwartete nicht zutrifft, entweder wegen Unmöglichkeit der auf den vergangenen oder gegenwärtigen Umstand gerichteten Bedingungen hinfällig ist[1]) oder es durch Deficienz einer eigentlichen conditio später wird.[2]) Das letztere ist z. B. dann der Fall, wenn ein Fenster für den Einzug des Königs am 15. September an der Feststraße gemiethet ist in der Erwartung, daß der Tag des Einzuges nicht verlegt werden wird.[3]) Geschieht

---

[1]) Ein Pastor verkauft einem Licentiaten seinen Ornat, weil beide glauben, daß durch eine Verfügung der erstere pensionirt und der zweite als sein Nachfolger ernannt worden ist. Hinterher stellt sich heraus, daß das Pensionsgesuch abgelehnt worden war. Der Vertrag verliert seine Klagbarkeit.

[2]) In Folge dieser Feststellung des Umfangs und Inhaltes der verabredeten Bedingungen aus dem vertragsmäßig angestrebten Zwecke wird sich auch die Rückwirkungsfrage im einzelnen Falle leicht beantworten lassen. Wenn die Römer den durchaus richtigen Ausspruch thaten, daß die Wirkungen eines Bedingungseintrittes nicht anders bemessen werden können, als indem man auf den ursprünglichen Vertragsschluß zurückblickt, so haben sie damit keineswegs sagen wollen, daß in jeder Hinsicht diese Wirkungen durch die Vorstellung eines früheren unbedingten Geschäftes abgemessen werden sollen. Nur in gewissen Beziehungen soll dies der Fall sein. arg. l. 11. §. 1. dig. qui potior. 20, 4. l. 78. pr. dig. de v. obl. 45, 1. l. 8. pr. dig. de periculo et commodo 18, 6. Vergl. weitere Citate und Ausführungen in Windscheid, Pand. §. 91. Anm. 1.

[3]) Ihering, Rechtsfälle. Nr. 70. Es wurde „contemplatione“ des Einzuges gemiethet; vgl. l. 58. dig. de contrah. emt. 18, 1.

das letztere, so deficirt die Geschäftsbedingung.[1]) Daß der Umstand der Verlegung des Einzugstages nicht nur für den Miether, sondern auch für den Vermiether die Bedeutung einer Verabredung hatte, ergiebt sich daraus, daß auch er im Hinblicke auf diesen Umstand seine Forderung bemessen hat, daß dieser Umstand also in erkennbarer Weise auch den Inhalt seiner Forderung bestimmte. Anders, wenn z. B. ein nach seiner Meinung zum Officier Avancirter sich einen Degen kauft; hier wirkt seine Voraussetzung auf die Forderung des Mitcontrahenten nicht ein, dieser beachtet sie nicht und braucht nicht anzunehmen, daß ihm ihre Aufnahme in die lex contractus zugemuthet ist; daher seine Zustimmung zu der Offerte sich auf sie nicht mitbezieht.[2])

Noch eine zweite Regel wird sich aufstellen lassen: Ueberall da, wo eine Voraussetzung oder Erwartung nur für den einen Contrahenten zu dem Vertragsschlusse bestimmend war, muß doch der andere ausnahmsweise denselben dann als Geschäftsbedingung anerkennen, wenn ihm dies erkennbar war und er sonst, ohne selbst Schaden zu leiden, von dem anderen ein für ihn völlig

---

[1]) Bei obligatorischen Geschäften, welche erst nach einem bedingenden Umstande realisirt werden sollen, ist es der richtigen Meinung nach völlig gleichgültig, ob man eine Suspensivbedingung für diesen Fall, oder eine Resolutivbedingung für den entgegengesetzten Fall annimmt.

[2]) Andere Beispiele vgl. bei Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechts. I. §. 105. Anm. 3; bei Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 528. Nr. III.; Savigny, System. Bd. 3. S. 345; Hesse, dogmat. Jahrb. Bd. 15. S. 81.; Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. III. S. 193. Letzterer bezweifelt, daß die irrige Annahme eines gegenwärtigen Umstandes die Voraussicht des Erfolgs beeinflusse. Allein die Annahme, daß jemand mein Wohlthäter sei, ist für den Erfolg einer durch sie erzeugten Schenkung insofern von Einfluß, als dieser darin bestehen soll, daß die geschenkte Sache sich bei dem Empfänger als ein Zeichen der Dankbarkeit mit Recht befinden soll u. s. w. Zweifelhafte Fälle vgl. in Dernburg's Lehrbuch des preuß. Privatrechtes. I. §. 109. Anm. 15.

werthloses Opfer würde verlangen müssen.[1]) Der Satz: In emptionibus venditionibus licet invicem se circumscribere[2]) hat seine bestimmten Grenzen in dem allgemeinen Erfordernisse der redlichen Gesinnung.[3])

Eine dritte Regel ist, wie im zweiten Theile erwiesen werden wird, geradezu quellenmäßig bezeugt. Bei einseitig belastenden Verträgen,[4]) d. h. solchen, bei denen der eine nur Vortheil und der andere nur Nachtheile hat, z. B. Schenkungen, Bürgschaften, Constituta, Stipulationen, ist anzunehmen, daß der Vortheilsempfänger die Richtigkeit der Voraussetzung, daß der Belastete sich nicht in einem für seinen Entschluß zu dem Geschäfte bestimmenden Punkte, wenn auch vielleicht in nicht erkennbarer Weise irre, als Geschäftsbedingung concedirt;[5]) es müßte sich

---

[1]) So wenn jemand ein Abendessen und Tanzmusik zu einem bestimmten Tage bestellt und, ehe noch die Empfänger der Bestellung Auslagen gehabt haben, ein Todesfall in der Familie des Bestellers eintritt.

[2]) Ein Analogon unseres Sprichwortes: „In Geldsachen hört die Gemüthlichkeit auf."

[3]) Insofern war es höchst verdienstlich, daß in einer Zeit, in der die engherzige Jurisprudenz auf Grund irrthümlicher Quellenauslegungen die stillschweigende Bedingung wegescamotirt hatte, wenigstens die Hilfsconstruction der Windscheid'schen Voraussetzung aushalf. Ein Gleiches gilt von Ihering's culpa in contrahendo. (Bekker, krit. Vierteljahrsschrift. Band 22. S. 56, 57.) Ueber diese vergleiche gegen Mommsen: Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. 1879. S. 102, 103, des Verfassers Ausführungen in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 26. S. 300 ff., Hartmann, dogmat. Jahrbücher. Bd. 20. S. 14 ff.

[4]) Den Ausdruck „einseitig wirkende" Verträge vermeidet der Verfasser, weil selbst die Schenkung auf zwei Vermögensmassen wirkt, die eine mindernd, die andere vermehrend. Vgl. zu dem Folgenden Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 42.

[5]) Hier also ist die Lehre der herrschenden Meinung wenigstens in ihrem praktischen Resultate richtig. Vergl. den zweiten Theil — und vor-

denn um einen Umstand handeln, hinsichtlich dessen der Vortheilsempfänger die Annahme eines Irrthums für ausgeschlossen halten durfte. Das Gleiche gilt auch von den Verträgen des Familienrechtes, z. B. Verlöbnißverträgen oder Adoptionen.[1]) Es folgt dies daraus, daß der Parteiwille nach dem allgemein Ueblichen ausgelegt wird, dieses aber nur da ein starres Festhalten am gegebenen Worte erheischt, wo dies im Hinblicke auf die Verkehrsinteressen für redliche Menschen geboten ist.[2]) Verkehrsinteressen liegen aber bei wohlthätigen und Familienrechts-Verträgen nicht vor.

Abgesehen von allen diesen Ausnahmefällen genügt es aber für die Erheblichkeit einer irrigen Vorstellung durchaus nicht, daß der irrig vorgestellte Umstand der — wenn auch erkennbare — Beweggrund des einen Contrahenten war. Nur, wenn anzunehmen ist, daß der andere darauf einging und ihn in die lex contractus[3]) mit aufnahm, folgt daraus eine stillschweigende Vertragsbedingung. Ist er bei der Vertragsredaction übergangen, so ist er für die Vertragswirkung gleichgültig.[4])

So erklärt sich die l. 52. dig. de cond. indeb. 12, 6. (Pomponius):

---

läufig c. 10. Cod. de donat. 8, 53 (54). l. 31. dig. de const. pec. 13, 5. l. 37. dig. de fidejuss. 46, 1. l. 8. dig. de acceptilatione 46, 4. l. 1. §. 1. dig. de pollicit. 50, 12, auch §. 150 Preuß. Allg. Landr. 1, 4. (Dernburg, I. §. 105. Anm. 4), woselbst „ausdrücklich" jedenfalls so viel wie evidenter bedeutet. Man vergleiche auch das aliter non daturus der l. 2. §. 7. dig. de donat. 39, 5. mit dem alias legaturum non fuisse der l. 72. §. 6. dig. de condicionibus 35, 1, dem non instituturus der c. 4. Cod. de hered. instit. 6, 24. und dem legaturus der c. 10. Cod. de legatis 6, 37.

[1]) c. 2. Cod. de emanc. 8, 48.

[2]) Vgl. oben S. 94.

[3]) Vgl. das: „contemplatione illarum arborum fundus comparabatur in der l. 58. dig. de contrahenda emptione 18, 1. Vgl. auch l. 34. §. 1. dig. de donat. 39, 5.

[4]) Vgl. auch Brinz, Pand. S. 1411.

Damus aut ob causam aut ob rem, ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

Die Stelle ſagt nicht: „Ein Beweggrund iſt unerheblich, wenn er einen vergangenen Umſtand[1]) betrifft.“[2]) Dies würde nur unter der Vorausſetzung, daß Pomponius weder die condictio indebiti noch die Geſetze der lateiniſchen Sprache kannte, möglich ſein.[3]) Ueberhaupt definirt der Juriſt den allgemein bekannten Begriff des ob causam datum nicht, ſondern nur eine beſondere Unterart: das ob causam praeteritam datum. Dies beſtimmt er als ein dare mit einer Vorausſetzung und einem Zwecke. Die Vorausſetzung iſt, daß der Geber eine Leiſtung empfangen hat, der Zweck, daß ſeine Gabe auch dann dem Empfänger verbleiben ſoll (ut repetitio non sit), wenn die Vorausſetzung falſch ſein ſollte.[4]) Wenn dies beides beſtimmt iſt, dann heißt die causa praeterita.[5]) Vielleicht deshalb, weil ſie bei

[1]) Es mag daran erinnert werden, daß man ſowohl den äußeren Umſtand (z. B. einen Darlehnsempfang), deſſen Vorſtellung zur Handlung (z. B. einer Zahlung) hintreibt, als auch dieſe Vorſtellung ſelbſt „Beweggrund“ nennt. Letztere geht der Handlung ſtets zeitlich voraus.

[2]) Etwas Aehnliches ſcheint Bekker, krit. Vierteljahrsſchr. Bd. III. S. 194, annehmen zu wollen.

[3]) Er hätte dann ſagen müſſen: ob causam damus si ob praeteritum damus. Nicht aber: ob causam praeteritam veluti cum ideo do etc.

[4]) Das ut kann hier nur ein ut finale (damit), kein ut consecutivum (ſo daß) ſein. Es würde völlig ſinnlos ſein, daraus, daß ich etwas in einer beſtimmten Vorausſetzung gegeben habe, zu folgern, daß ich es nicht zurückfordern kann. Höchſtens hätte der Juriſt ſagen müſſen, daß ich es trotzdem nicht zurückverlange, niemals aber, daß es deshalb geſchieht.

[5]) In gleichem Sinne iſt auch l. 3. §. 7. dig. de cond. causa data 12, 4 zu verſtehen.

dem Vertragsabschlusse als „abgethan", d. h. nicht mehr bedeutungsvoll angesehen wird, vielleicht auch deshalb, weil hier ähnlich, wie der in das Testament nicht aufgenommene heres ein heres praeteritus genannt wird, auch die in der lex contractus „übergangene" causa eine praeterita heißt.[1]) Die erstere Deutung entspricht mehr der gewohnten Auffassungsart, die zweite mehr der Sachlage. Welcher man sich aber auch anschließt, die Auslegung der Stelle kann dadurch nicht beeinflußt werden.[2]) Dieselbe geht dann etwa dahin: „Man spricht von einem datum ob causam praeteritam, wenn ich etwas wegen einer von dir nach meiner Meinung herrührenden Leistung in dem Sinne gebe, daß, auch wenn meine Voraussetzung eine irrthümliche ist, das hingegebene Geld nicht soll zurückgefordert werden dürfen." Ein besonderer Anwendungsfall dieses Grundsatzes liegt dann vor, wenn ich z. B. einem mir befreundeten Rechtsanwalte etwas zum Geburtstage schenke, im Inneren glaubend, er habe mir einen Proceß geführt. Er braucht es sich dann nicht gefallen zu lassen, daß der durch die Bezeichnung der Gabe als einer Schenkung übergangene und sogar ausgeschlossene Beweggrund der Remuneration gegen ihn hervorgekehrt werde.[3]) Nur wo die causa nicht

---

[1]) Die Begriffe des „Vergangenen" und des „Uebergangenen" hängen überhaupt enge zusammen.

[2]) Sicherlich spricht die Stelle nicht von einer bloßen „Veranlassung". Wenn ich jemandem etwas in der Absicht einer Gegenleistung für einen erhaltenen Vortheil gebe, so ist die Annahme des letzteren mehr als eine „Veranlassung". — Aehnlich ist auch die l. 65. §. 2. dig. de cond. ind. 12, 6 auszulegen. Wenn ich jemandem, dem ich einen Entgelt für geleistete Arbeiten zuzuwenden beabsichtige, erkläre, daß ich ihm das Zugewandte *schenke*, so braucht er es sich nicht nachher gefallen zu lassen, daß ich es als eine Bezahlung der Arbeiten auffassen und wegen Irrthums zurückfordern will.

[3]) arg. l. 65. §. 2. dig. de cond. indeb. 12, 6.

eine „praeterita“ ist, sondern in die lex contractus als erheblich mitaufgenommen wird, da ergiebt sich aus ihr die stillschweigende Setzung einer Bedingung. [1])

Es war bisher immer nur von obligatorischen Verträgen die Rede. Bei dinglichen liegt die Sache insofern anders, als an ihnen Dritte, gegen welche der Vertragsact wirkt, mitinteressirt sind. Die moderne Gesetzgebungsweisheit betont diesen Umstand sehr stark, sie läßt gegen Dritte wirksame Resolutivbedingungen überhaupt nicht zu, so daß nach Particularrecht [2]) nur ein obligatorischer Rückerstattungsvertrag da möglich ist, wo die Parteien für einen gewissen Fall die Geschäftswirkungen fortgeräumt wissen wollen. [3]) Das römische Recht theilt diese Vorliebe für den „red-

---

[1]) l. 1. pr. l. 2. §. 7. dig. de donationibus 39, 5. — Wollte man etwa einwenden, daß man nicht verpflichtet ist, dasjenige für eine Bedingung zu halten, was die Quellen als solche bezeichnen, so würde man sich auf einen zwar unanfechtbaren, aber wissenschaftlich unhaltbaren Standpunkt begeben. Alles Quellenstudium würde völlig werthlos sein, wenn es erlaubt wäre, sich in dieser Weise unbequeme Beweisstücke abzuschütteln. — Wenn Hesse, dogm. Jahrb. Bd. 15. S. 83, Archiv f. civil. Pr. Bd. 57. S. 185, meint, daß nach römischem Rechte zwar bei lästigen Geschäften, nicht aber bei Liberalitäten, auf die Beweggründe des Gebers Rücksicht genommen werden soll, so setzt er in dieser Bevorzugung des an dem Geschäfte Interessirten vor dem reinen Wohlthäter eine wahre Absonderlichkeit, zu deren Annahme die Quellen glücklicher Weise nicht zwingen, voraus. Im Uebrigen hat Hesse (dogm. Jahrb. Bd. 15. S. 80) Recht, wenn er meint: „Die ganze Lehre von den Condictionen beruht auf der Wirksamkeit des Irrthums in Beweggründen.“ Nur muß es heißen: „in gewissen Beweggründen“. — Natürlich giebt es bei Geschäften, welche keine ausdrücklichen Bedingungen vertragen, wie Eheschließungen nach heutigem deutschen Rechte, oder Anträgen auf separatio bonorum (l. 1. §. 17. dig. de separat.) auch keine stillschweigenden Vorbehalte.

[2]) §. 261—264. A. L.-R. I. 11.

[3]) Dieser heißt in den Quellen auch conditio l. 1. pr. 2. §. 7. dig. de donat. 39, 5. Es giebt also bei dinglichen Verträgen dinglich- und

lichen“ Dritten nicht.[1]) So läßt es denn auch die Abrede, daß das Eigenthum in einem gewissen Falle auf den Tradenten zurückspringen soll, überall da zu, wo nicht, wie bei dem pactum dis-

---

obligatorisch-wirkende Resolutivbedingungen, Abreden des Rückfalls und Abreden der Rückerstattung. Beispiele stillschweigender Resolutivbedingungen bei Regelsberger in Endemann's Handb. Bd. II. S. 419. Anm. 14. Eine Resolutivbedingung wegen Unmöglichkeit eines stillschweigend als maßgebend vorausgesetzten gegenwärtigen Umstandes vgl. in l. 37. dig. de condict. indebiti 12, 6 in cst. 4. Cod. de juris et facti ign. 1, 18. in der l. 36. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. in der l. 18. §. 3. dig. de dolo malo 4, 3. (vgl. Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgesch. S. 599). l. 32. dig. de actione emti venditi 19, 1. (vergl. hierzu Zitelmann, S. 600. Anm. 598, und l. 52. §. 22. dig. de furtis 47, 2.), eine solche wegen Ausfalls einer Erwartung vgl. in l. 2. §. 7. de donationibus 39, 5. Die alte Lehre von der Widerruflichkeit der Verträge wegen veränderter Umstände (sog. clausula rebus sic stantibus) war daher weniger falsch, als zu allgemein gefaßt. — Da stillschweigende Abreden, also auch Bedingungen, durch Hinweis auf das Verkehrsübliche mit der Vermehrung des Verkehrslebens und des Niederschlages von Verkehrsgebräuchen zu Usancen immer häufiger angenommen werden mußten, so ist es nicht wunderbar, daß die ältere Jurisprudenz, z. B. Celsus der Vater, da noch keine stillschweigende Abrede der Rückerstattung annahm, wo die jüngere eine solche bereits erblicken konnte. Vgl. l. 3. §. 7. dig. de cond. causa data 12, 4. In der l. 34. pr. dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2 (vergl. auch Hesse, dogmat. Jahrb. Bd. 15. S. 82. Anm. 3) ist ein stillschweigendes constitutum possessorium für den Fall eines Irrthums zu sehen, etwas Aehnliches kann ein furiosus nicht verabreden, daher l. 18. §. 1. dig. eodem mit l. 34. pr. cit. nicht im Widerspruche steht. Was bei den der strenge-civilrechtlichen Auslegung unterliegenden Stipulationen (vergl. l. 44. §. 2. de obligat. et act. 44, 7) und Acceptilationen (l. 38. dig. de dolo malo 4, 3) galt, darf natürlich auf negotia bonae fidei nicht analog ausgedehnt werden, zumal das prätorische Recht dafür sorgte, daß die thatsächlichen Consequenzen dieser civilrechtlichen Grundsätze unverwirklicht blieben.

[1]) Vgl. oben S. 131. Anm. 1. Es geht davon aus, daß der Vortheil welcher dem Verkehrsleben gewährt wird, sobald jeder redliche Dritte die Sicherheit eines unanfechtbaren Erwerbes hat, aufgewogen wird durch die darin liegende Beförderung der Hehlerei und die Verminderung aller der-

plicentiae, die Erfüllung dieſer Bedingung in der Willkür des Empfängers liegt. Dieſe letztere Ausnahme rechtfertigt ſich dadurch, daß eine Abrede, nach welcher der Empfänger durch eigenen Entſchluß die Möglichkeit haben ſoll, ſeinem redlichen Rechtsnachfolger das erworbene Eigenthum wieder zu rauben, geradezu ſeinen dolus ſanctioniren würde.[1]) Sonſt aber iſt ein Rückfallvertrag möglich, und es wurde ſogar bei der in diem addictio ein ſolcher als durch die Worte res inempta esto, die nach ihrem Sinne nur die Beſeitigung der Geſchäftswirkungen anordnen, ſtillſchweigend verabredet angenommen.[2]) Einen dinglich wirkenden Rückfallvertrag werden wir alſo nur dann annehmen dürfen, wenn dadurch kein dolus ſanctionirt wird, dies Geſchäft nicht ausnahmsweiſe verboten iſt[3]) und die Parteien es entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend (ſo bei der in diem addictio) beſonders verabredet haben. Sonſt gilt nur ein obligatoriſcher Rückgabevertrag,

---

jenigen Geſchäfte, welche, wie die Miethe, die Fortgabe einer Sache zur fremden Detention bezwecken, weil die Gefährlichkeit der Unterſchlagungen dann vermehrt wird.

[1]) l. 3. dig. quibus causis pignus 20, 6. (Ulpianus): Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta sit, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Vgl. Arndts' Pandekten. §. 71. Anm. 7 u. die dort Citirten. Daß der dolus ſich gegen einen Dritten richten würde, ändert an der Sachlage nichts und ſchützt das Geſchäft nicht vor Ungültigkeit. arg. l. 2. §. 2. dig. de doli mali exc. 44, 4. Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

[2]) arg. l. 3. cit, dig. quibus modis 20, 6. Was dagegen bemerkt worden iſt, iſt nicht ſtichhaltig; vgl. Karlowa, Rechtsgeſchäft. S. 99 ff.

[3]) Bei Servituten iſt dies der Fall. l. 4. pr. dig. de servit. 8, 1. Karlowa, S. 105.

damit nicht der Erwerber, wenn er die Sache inzwiſchen veräußern will, ſich der Gefahr ausſetzt, nachher mit einem Eviktionsanſpruche und einer Anklage wegen Betruges von dem dritten Erwerber belangt zu werden, und damit er nicht deshalb mit jeder Veräußerung warten muß, bis es ſicher iſt, daß die Reſolutivbedingung nicht eintritt.

Was hier von den Reſolutivbedingungen ausgeführt wird, gilt bis zu einem gewiſſen Grade analog von den Suspenſivbedingungen. Sobald bei einem dinglichen Vertrage die Contrahenten einen gewiſſen Erfolg nur in der Erwartung eines zukünftigen Umſtandes wünſchen, dann iſt es möglich, daß ſie dieſen zu dinglich wirkenden Suspenſivbedingungen machen; möglich iſt aber auch, daß ſie den Erfolg ſogleich eintreten laſſen und blos für den Fall, daß der Umſtand ausbleibt, die Rückerſtattung verabreden. Auch hier wird die erſtere nur anzunehmen ſein, wenn die Parteien es beſonders verabreden, oder es bei Geſchäften einer gewiſſen Art als üblich, folglich als ſtillſchweigend verabredet gilt.[1]) Ganz das Gleiche gilt aber endlich auch von den beide Parteien beſtimmenden Vorausſetzungen eines gegenwärtigen oder vergangenen Umſtandes, z. B. der Exiſtenz einer Schuld. Eine conditio ad praesens vel praeteritum relata wird hier nur bei beſonderer Abrede anzunehmen ſein, ſonſt räumt der Empfänger dem Geber für den Fall der irrigen Vorausſetzung nur ein obligatoriſches Rückforderungs-, kein dingliches Rückfallsrecht ein. Sonſt müßte ja in der That der Empfänger einer gezahlten Leiſtung in der ſteten Beſorgniß ſchweben, ſich bei deren Weiterveräußerung regreßpflichtig zu machen.

---

[1]) arg. l. 11. §. 1. dig. 19, 1. (Ulpianus): ... Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.

Wir fassen das Bisherige in die Formel zusammen:

> Verträge sind wegen unrichtigen Beweggrundes dann nichtig, wenn die Richtigkeit des Beweggrundes als Bedingung verabredet ist, d. h. beiderseits in einer gegenseitig erkennbaren Weise als Bedingung gewollt, wenn auch vielleicht nicht als solche formulirt ist.

Hier entkräftet stets die Unmöglichkeit der Geschäftsbedingung das Geschäft, der Irrthum erklärt nur die Existenz der Vertragsverhandlungen[1]) und beweist ihre Mangelhaftigkeit.

Neben dem Irrthume in den Beweggründen, d. i. den geistigen Vorstellungen, welche zu dem Geschäftsabschlusse hintreiben,[2]) sprechen Neuere auch noch von einem Irrthume „in der Absicht".[3])

---

[1]) Zu den gleichen Ergebnissen gelangt Hartmann, Bd. 20. S. 49. Darauf, daß sie auch das Rechtsgefühl billig denkender Menschen befriedigen müssen, will der Verfasser von seinem Standpunkte aus kein Gewicht gelegt wissen. Zum Nachtheile gereicht es aber ihrer Wahrscheinlichkeit sicherlich nicht.

[2]) Neben solchen Vorstellungen, z. B. daß ein Brot, welches man sieht, genießbar ist, wirken auch noch Gefühle oder Triebe, z. B. der Hunger, zu dem Abschlusse des Geschäftes, z. B. des Ankaufs dieses Brotes, mit. Auch diese letzteren nennt man in einem besonderen, für die Irrthumslehre uninteressanten Sinne „Beweggründe". Zitelmann hebt dies nicht scharf genug hervor (S. 157 ff.). Richtiger Lammasch in Grünhut's Zeitschrift. Bd. 9. S. 224. Würde man diese beiden Arten von Beweggründen unterscheiden, so würde man die übliche Analogie zwischen den erzwungenen und den durch Irrthum erzeugten Handlungen (vergl. z. B. Zitelmann, S. 584; Hölder, kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 565) vermeiden. Metus ist ein Gefühl, die irrige Annahme eine geistige Vorstellung. Vgl. auch Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20. S. 60.

[3]) Namentlich Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 373 ff. Vgl. auch Bruns, Pandektenfragmente. S. 480. „Irrthum in den Bestandtheilen". Zitelmann ändert übrigens seine Terminologie späterhin insofern, als er von einem „Irrthum als Mangel der Absicht" spricht (S. 489). Die Bezeichnung eines Mangels der Absicht mit dem Namen eines Irr-

Nehmen wir an, daß das Wort „Irrthum“ hier in eben demselben Sinne verwandt ist, wie in der Wendung: „Irrthum im Beweggrunde“, d. h. als falsa opinio, so würde der Begriff: „Irrthum in der Absicht“ sich als ein vom psychologischen Standpunkte unmöglicher darstellen. Wie in aller Welt sollte man sich in einer Absicht irren? Entweder man hat sie, dann ist sie eben da und ihre Annahme ist kein Irrthum, oder sie ist nicht vorhanden, dann kann in ihr auch kein Irrthum enthalten sein. Man kann wohl eine Absicht haben, weil man etwas irriger Weise annimmt, also in dem Beweggrunde der Absicht irrt, aber in der Absicht selbst kann kein Irrthum liegen.[1]) Der Irrthum ist ein falsches Wissen oder ein falsches Meinen, ein irrthümliches Wollen ist ein ungenauer Ausdruck.[2]) Wenn also z. B. ein Contrahent sich irrt, weil er hinsichtlich einer Person, Sache u. dgl etwas Falsches annimmt, so ist das immer nur ein Irrthum in dem Beweggrunde zu der dadurch erzeugten Absicht.[3]) Man kann also nicht sagen, der Irrthum als falsa opinio sei erheblich, wenn er in der Absicht, unerheblich, wenn er in den Beweggründen liege. In diesem Sinne kann er niemals irgendwo anders liegen, als immer in einem Beweggrunde.[4])

---

thums ist ebenso neu, wie die gleiche Benennung für den „Mangel des Bewußtseins“ (S. 485).

[1]) Vgl. aber auch Bruns a. a. O. S. 479.

[2]) Richtig bemerkt Hölder, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 14. S. 582: „Das Prädicat der Wahrheit oder Unwahrheit kann nur dem Bewußtsein zukommen, nicht dem Willen“, unwahr ist in jenen Fällen nicht die Handlung, wohl aber die begleitende — und sie verursachende — „Vorstellung“. (Vgl. ebenda S. 564).

[3]) Wenn ich A mit B verwechsle und dem A etwas zu schenken beschließe, so unterscheide man wohl die Verwechslung (Irrthum) und die dadurch hervorgerufene Absicht.

[4]) Vgl. auch Pernice in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25. S. 140:

Trotzdem meint der Verfasser, daß sich bei dem Worte „Irrthum in der Absicht" allerdings etwas denken läßt, sogar etwas Quellenmäßiges. Nach des Verfassers Meinung unterscheiden die Römer sehr wohl zwischen dem errare in aliqua re und dem Irrthum über eine Sache. In einer Sache irren heißt nicht eine falsche Meinung über sie haben, sondern in Folge einer solchen falschen Meinung etwas Unerwünschtes wollen oder thun, also keine Meinung, sondern einen Wunsch oder eine That. Wer mit seiner Erklärung auf ein Unerwünschtes hindeutet, der begeht einen Fehlgriff (error) in dem Geschäftsinhalte, er richtet seine Worte und seine Absicht auf ein für seinen Endzweck ungeeignetes Mittel. Wer aber z. B. mit einer Person contrahirt, sie mit einer anderen verwechselnd, mit welcher er nicht lieber als mit jener contrahirt haben würde, z. B. ein Kaufmann im Laden, welcher mich für Herrn X haltend, mir eine Cigarre verkauft, der irrt sich über die Person, nicht in der Person, er weicht nicht von einem erwünschten Ziele ab.[1])

Daß dieser Irrthum in der Absicht neben dem Dissense keine besondere juristische Bedeutung für Verträge haben kann, bedarf wohl nach dem oben Ausgeführten keines besonderen Beweises. Allein auch bei Testamenten und einseitigen Verfügungen folgt seine Bedeutsamkeit schon aus dem, was über die Irrthümer in den Beweggründen ausgeführt worden ist; denn jedem Fehlgriffe in der Absicht geht ein Irrthum über einen Beweggrund derselben vorher. Wir haben daher keine Veranlassung, aus dieser Mangelhaftigkeit der Absicht eine besondere Kategorie zu bilden, und

„Und in der That steckt der Fehler bei jenem unechten Irrthume nicht im Willen, sondern in der Vorstellung, die den Willen sammt der Erklärung auf den falschen Weg leitete."

[1]) Vgl. oben S. 142 und Brinz, Pand. S. 1393.

dieſe den Irrthümern (falsae opiniones) in den Beweggründen als ein Zweites entgegenzuſtellen, für uns iſt ſie nur als Conſequenz dieſer Irrthümer wichtig und ihre einzelnen Anwendungsfälle, d. ſ. bei einſeitigen Geſchäften der error in re oder persona, oder bei Verträgen der dissensus in persona, in re,[1]) oder in einem anderen Punkte, deſſen richtige Feſtſetzung als unerläßliche Vorbedingung der Zuſtimmung von Seiten des Acceptanten erkennbar gemacht wurde, ſind nur Beiſpiele der allgemeinen Regel.[2]) Neben dieſem Diſſenſe ſteht als Nichtigkeitsgrund des Vertrages nur noch die Disharmonie des Vertragsinhaltes mit den beiderſeitigen Zwecken und den beiderſeitigen Beweggründen, nicht mit denjenigen des einzelnen.[3]) Die gegentheilige Annahme be-

---

[1]) Der dissensus in qualitate personae und rei iſt ohne Zweifel erheblich, wenn er einen dissensus in persona oder in re nach ſich zieht. Vgl. den zweiten Theil. Daß der Gegenſtand des Irrthums für die Gültigkeit des Vertrages bedeutungslos iſt, hat namentlich Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeſchäft. S. 463, 492) — natürlich nur in dem Rahmen ſeiner Irrthumslehre — erwieſen und dadurch die Lehre ſehr gefördert.

[2]) Daß nicht der Einzelirrthum, ſondern der Diſſens in den Quellen als Nichtigkeitsgrund genannt wird, giebt Windſcheid zu. (Pand. §. 76 Anm. 7). Dennoch vermeidet er es, die nothwendige Folgerung, daß die herrſchende Meinung demgemäß nach den Quellen zu berichtigen iſt, hieraus zu ziehen. Wenn Windſcheid a. a. O. von „Nichtigkeit der einzelnen Erklärung" ſpricht, ſo iſt hervorzuheben, daß die einzelne Erklärung für ſich allein immer nichtig iſt, auch wenn ſie dem Wunſche des Erklärenden entſpricht, ferner, daß eine aus Verſehen entſtellte Erklärung doch zu einem Vertrage führen kann, wenn der Oblat zufällig ihren wahren Sinn kennt und demgemäß acceptirt. Von „Nichtigkeit" kann man alſo bei Verträgen immer nur dann reden, wenn zwei Erklärungen vorliegen. Daß dissensus natürlich nur eine Disharmonie des Sinnes der Erklärungen, nicht der inneren Abſichten bedeuten kann, ſoll im zweiten Theile näher ausgeführt werden.

[3]) Vgl. die Pluralformen: errant in lex 116. §. 2. dig. de regulis juris 50, 17. utrosque in l. 80. §. 4. dig. locati conducti 19, 2. nostra

ruht lediglich auf einer Verwechslung der gemeinsamen voluntas contrahentium mit den beiden voluntates utriusque contrahentis.[1])

§. 14.

Ergebnisse und Rückblick.

Den Inhalt der vorliegenden Schrift faßt der Verfasser in Folgendem zusammen:

Der Sinn einer Willenserklärung ist die Eigenschaft derselben, in demjenigen, für welchen sie bestimmt ist, den Gedanken hervorzurufen, daß der Erklärende etwas wolle. Diesen Sinn nennen die Römer vielfach voluntas und die älteren Romanisten z. B. Savigny und noch jetzt Thöl „Willen". Die neueren aber, durch diesen Namen getäuscht, verstehen unter voluntas nicht diese Eigenschaft, welche an der Erklärung haftet, sondern ein Inneres, welches der Erklärung vorhergeht und etwa der strafrechtlichen „Absicht" entspricht. Dieses Mißverständniß hat zu dem Uebersetzungsfehler geführt, in dem consensus zwei übereinstimmende Absichten, statt zwei übereinstimmende Erklärungen zu sehen. Auf diesen mit dem Inhalt der Quellen im Widerspruche stehenden Uebersetzungsfehler fußend, hat die neuere Wissenschaft die Bestandtheile des Vertragsschlusses aus der Außenwelt, welcher sie angehören, in das psychologische Gebiet verlegt und geräth, indem sie sich hierdurch mit den Quellen und dem practischen Bedürfnisse in Widerspruch setzt, immer mehr in Dunkelheit und Verwirrung.

---

in l. 52. §. 4. dig. de obligat. et act. 44, 7. convenientium in l. 7. §. 8. dig. de pactis 2, 14. omnium, quorum und sciant in l. 81 dig. de obl. et act. 44, 7. contrahentium in l. 115. §. 2. dig. de verb. obl. 45, 1; u. a. vgl. den zweiten Theil.

[1]) Vgl. oben S. 28 ff. S. 30. Anm. 2.

Berichtigt man diesen Uebersetzungsfehler, so verschwinden nicht nur alle angeblichen Antinomieen der Irrthumslehre,[1]) sondern wir gewinnen Ergebnisse, welche den Bedürfnissen des Verkehrs und der Rechtsanwendung in gleicher Weise genügen, und mit Unrecht von einigen Neueren als das Erzeugniß ihrer eigenen schöpferischen Kraft ausgegeben worden sind, als klar bezeugte Sätze des corpus juris. Alle diese Ergebnisse sind aber nichts als die nothwendigen Consequenzen des richtig übersetzten Satzes: pactum est duorum pluriumve in idem consensus. Ein Gesetzgeber, welcher diesen Satz aufnähme, könnte sich die Ausführung der wichtigsten Lehren des Vertragsrechts ersparen, weil sie mit mathematischer Nothwendigkeit aus ihm folgen, und der Praktiker kann sie ohne jede Beihilfe legislatorischer und psychologischer Hilfsmittel mit Leichtigkeit aus jenem einen Satze entnehmen.

Diese Consequenzen sind folgende:

1. Wer nicht eine bis zu ihrem Empfange unwiderrufene, ihrem erkennbaren Sinne nach ernstliche Vertragserklärung abgegeben hat, kann — von Ausnahmevorschriften abgesehen — von den rechtlich anerkannten Vertragswirkungen nicht betroffen werden.
2. Jede der beiden Vertragserklärungen muß geeignet sein, in dem Mitcontrahenten die Annahme hervorzurufen, daß ihm durch diese Erklärung ein Gedanke des Erklärenden erkennbar werden solle.
3. Der Offerent wird nach dem Eingange der Offerte durch einen Widerruf nicht frei, wohl aber durch den Ablauf der von ihm ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten „Wartezeit".

[1]) Den vollsten Beweis hierfür bringt freilich nur der bei dem Erscheinen dieses Theiles schon im Drucke befindliche zweite Theil des Buches.

4. Ob die Parteien den Inhalt der Vertragsnorm (lex contractus), welchem sie sich unterwerfen, kennen und ob sie ihn selbst verfaßt haben, ist gleichgiltig. Sie können sich auch im voraus der von einem Dritten zu verfassenden Vertragsnorm unterwerfen.
5. Ein Stellvertreter im Vertragsschlusse ist nur derjenige, welcher die bindende Erklärung des Mitcontrahenten entgegennimmt. Verfaßt jemand die Vertragsnorm blos für einen anderen, welcher sich dieser letzteren später oder auch schon im voraus blindlings unterwirft, und ist die Acceptation nicht an jenen Verfasser, sondern an den anderen gerichtet, so ist der erstere nur ein „Stellvertreter in der Offerte".
6. Vertragserklärungen werden von demjenigen Standpunkte ausgelegt, auf welchem sich ihr Adressat in dem Augenblicke des Empfanges befand. Erklärungen, welche sich an keine bestimmte Person richten, von jedem möglichen Standpunkte.
7. Wer eine Erklärung auslegt, — mag sie nun einem Gedanken in unmittelbar entsprechenden Worten (expressis verbis) oder durch ein sonstiges Verhalten (tacite) Ausdruck geben —, muß zunächst feststellen, welchen Gedanken die gebrauchten Worte oder das beobachtete Verhalten nach den individuellen Lebensgewohnheiten des Erklärenden hat. Neben dem so Ermittelten darf er alles das als erklärt betrachten, wovon ein Durchschnittsmensch (diligens paterfamilias) in der Lage des Erklärenden wollen würde, daß es außerdem noch als Vertragsnorm angesehen werden solle.[1])

[1]) Vgl. Burkhard, civil. Präs. S. 249. ff.

8. Bei mehrdeutigen Erklärungen, welche es durch die Schuld aller Contrahenten oder keines derselben sind, wird ausnahmsweise untersucht, welches die gegenseitig nicht erkennbaren Parteiabsichten waren. Stimmen diese unter einander überein, so gilt der Vertrag; sonst nicht, falls sich nicht etwa die Nichtübereinstimmung auf einen Punkt bezieht, von dessen Gültigkeit beide Parteien die Gültigkeit des Rechtes nicht abhängig machen wollten. Ist ein solcher Nebenpunkt ein besonderes zweiseitiges Geschäft, so fällt er weg, belastet er nur den einen Contrahenten, so gilt im Zweifel das Mindere.[1])
9. Nach den angegebenen Erklärungsregeln muß, damit der Vertrag rechtliche Wirkungen d. h. die Entstehung, Aenderung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes nach sich ziehen kann, feststehen, daß alle Contrahenten in übereinstimmender Weise eben diese Wirkungen als maßgebend erklärt haben. Dies ist dann der Fall, wenn sie einen thatsächlichen Erfolg (d. i. einen Zustand oder ein erwartetes Ereigniß) unter Rechtsschutz stellen oder des Rechtsschutzes entkleiden und hierdurch eine Sachlage schaffen oder beseitigen wollen, deren Vorhandensein wir mit dem Namen eines subjectiven Rechtes bezeichnen. Ob sie den juristischen Namen des gewünschten Erfolges gekannt haben, ist gleichgültig.
10. Die als maßgebend erklärte Rechtswirkung und ihre Bedingungen bestimmen sich — von Formalgeschäften abgesehen — nicht nach dem ihr von den Parteien vielleicht unpassender Weise zuertheilten juristischen Namen, sondern nach dem verabredeten Grund und Zweck des Vertrages.
11. Der verabredete Grund und Zweck des Vertrages bestimmt

[1]) Vgl. auch Burkhard a. a. O. S. 258.

sich aus den Voraussetzungen vergangener oder gegenwärtiger und den Erwartungen zukünftiger Umstände, auch aus den angestrebten Erfolgen in der Außenwelt oder in der Seele eines Menschen, sofern diese Voraussetzungen, Erwartungen und Ziele nach dem Sinne der Abrede beiderseits vorhanden waren, oder sobald demjenigen, von Seiten dessen sie vorlagen, von seinen Mitcontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert worden ist, daß sie bei der Auslegung des Vertrages für Geschäftsinhalt und Geschäftsbedingungen maßgebend sein sollen.

12. Es gilt als verkehrsüblich, bei Verträgen, bei welchen man eine Gegenleistung nicht macht, die Bedingung einzuschieben, daß der Vertrag, wenn ihm der Gegencontrahent nur in Folge eines Irrthums zugestimmt haben sollte, nicht gelten soll. Irrthümer, deren Abwesenheit oder Unerheblichkeit man jedoch als sicher voraussetzen durfte, können dabei nicht in Betracht kommen.

13. Wenn eine vergangene oder gegenwärtige, ausdrücklich oder stillschweigend gesetzte Bedingung[1]) unmöglich ist, so bleibt das Geschäft ohne die in der Erklärung angeordneten rechtlichen Wirkungen.

Ob die Parteien die Bedingung irrthümlicher Weise für eine nothwendige hielten, ist gleichgültig.

14. Erklärt der Acceptant, in Folge eines Irrthumes, daß er zustimme, während doch ersichtlich ist, daß er mit dem gemachten Vertragsvorschlage nicht einverstanden ist, so ist das Geschäft wegen dissensus nichtig. Bezieht sich aber das mangelnde Einverständniß auf einen Punkt, von dessen Gültigkeit in erkennbarer Weise der Rest des Ge-

[1]) Natürlich auch eine zukünftige unmögliche; doch interessirt diese nicht bei der Irrthumslehre.

schäftes unabhängig sein sollte, so gilt hinsichtlich desselben das oben für die Nebenpunkte mehrdeutiger Erklärungen Ausgeführte (Nr. 8).

15. Der Irrthum kann hiernach sowohl bei unmöglichen Bedingungen als auch bei dem Dissense zu nichtigen Vertragsschlüssen führen. Eine Ursache der Nichtigkeit kann man ihn aber nicht immer nennen, weil, wenn der Irrthum nicht vorhanden gewesen wäre, durchaus nicht immer ein giltiger, sondern vielleicht gar kein Vertrag abgeschlossen sein würde.

16. Gleichgültig ist der Umstand, auf welchen sich der Irrthum bezieht; es kommt vielmehr auf die Bedeutung an, welche die Parteierklärung diesem Umstande einräumt.

Dem Nachweise dieser letzteren Sätze unter Benutzung des gesammten Quellenmaterials ist der zweite Theil der Schrift gewidmet.[1])

Der Verfasser schließt hier eine Untersuchung ab, welche ihm hinsichtlich der Quellenexegese nur geringe, hinsichtlich seiner Stellungnahme zu den mannigfaltigen Strömungen der neueren Litteratur sehr große Schwierigkeiten gemacht hat. Obwohl von dem vollen Inhalt seiner Schrift aufs redlichste überzeugt, zweifelt er nicht daran, daß sich ihm hier und da werden Versehen nachweisen lassen. Gern will er alle ihm klargelegten Irrthümer widerrufen. In der Hauptsache aber sendet er, obwohl nicht zu Illusionen hinneigend, sein Buch nicht ohne Zuversicht in die

[1]) Der Verfasser braucht wohl kaum hervorzuheben, daß der Inhalt dieses ersten Theiles daraus hervorgewachsen ist, daß er von der Unmöglichkeit, die Behandlung der einzelnen Entscheidungen zu erklären, zu einer Revision der allgemeinen Anschauungen aufstieg, um dann wieder mit besserem Erfolge zu dem Einzelnen zurückzukehren. Um, wie es in einem französischen Sprichworte heißt, seine Gäste nicht durch die Küche zu führen, hat er das erste Stadium des Sucheus dem Leser vorenthalten.

Welt hinaus.[1]) Man sagt zwar oft genug, daß die Wahrheit verkannt und verketzert werde. Es kann sich dies aber doch nur auf die unerwünschten Wahrheiten beziehen; die oben vorgetragenen Wahrheiten haben aber die ausnahmsweise Eigenschaft, erwünscht zu sein. Freilich soll dem Streben nach psychologischen Forschungen der Lieblingstummelplatz seiner Bethätigung, der geheimnißvolle innere Vertragswille, dieses undefinirte und undefinirbare Ding,[2]) geraubt werden; doch bleibt ihm ja noch so manches Arbeitsfeld.[3]) Die Vertreter der herrschenden Meinung aber gewinnen den Vortheil, daß sie nicht mehr mit sauerem Schweiße aus den Quellen eine juristische Psychologie herausdeduciren müssen, welche nicht darin steht, und nicht mehr durch die Betrachtung der in ihrem Wesen düstern Functionen der menschlichen Seele herauszulesen brauchen, was in den römischen Gesetzen gestanden hat. Zugleich belohnt sich ihr Festhalten an den Quellen, deren rich-

[1]) Wenn die Schrift von der allgemeinen Vertragslehre mehr enthält, als die Titelüberschrift angiebt, so hat er doch dies alles nur um der Irrthumslehre willen aufgenommen, das Wort Goethe's beherzigend, daß man eine gewohnte Lehre nicht schon dann aufgiebt, wenn sie widerlegt, sondern erst, wenn sie entbehrlich gemacht worden ist. Hätte der Verfasser blos die richtige Uebersetzung des Wortes consensus erwiesen, ohne wenigstens anzudeuten, wie es sich mit allen den vielen Consequenzen aus der falschen verhält, so hätte er sich sagen müssen, daß man in Ermangelung eines Ersatzes für diese letzteren, welche zum täglichen Gebrauche der Juristen dienen, höchstens an die richtige Ansicht glauben, nicht aber, daß man sie als richtig anerkennen würde.

[2]) Unter den Vertretern der herrschenden Meinung gebührt jedenfalls Zitelmann das Verdienst, mit festem Schritte auf die Definition der üblichen Abstractionen, an welcher „jeder gern vorüberschleicht", losgegangen zu sein.

[3]) So soll namentlich die große Anerkennung, welche Zitelmann's Werk von criminalistischer Seite erfahren hat (vgl. Lammasch in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IX. S. 229. Anm. 2), durch die Anfechtung seiner civilrechtlichen Ergebnisse nicht in Frage gestellt werden.

tiger Ueberſetzung ſie vorausſichtlich mit derſelben Treue anhängen werden, mit welcher ſie den bisher für richtig gehaltenen Inhalt derſelben verfochten. Beruht ja doch eben auf dieſer Quellenmäßigkeit allein ihre Macht über den gewaltigen Heerbann der gemeinrechtlichen Practiker. Diejenigen freilich, welche gleich Titanen die claſſiſchen römiſchen Juriſten aus ihrem Olymp herniederſtürzen wollten, um ihr eigenes Rechtsgefühl an die Stelle zu ſetzen, erweiſen ſich nunmehr bei Lichte beſehen, als gute, ehrliche Romaniſten, welche aus dem corpus juris eben diejenige Weisheit entnommen haben, kraft deren ſie auf daſſelbe herabblicken zu können glauben. Es verhält ſich mit dieſem „Rechtsinſtincte“ ähnlich wie vor hundert Jahren mit der „Vernunft“. Damals wollte man das römiſche Recht durch die Sätze des Vernunftrechts verdrängen und gelangte ſchließlich nur zu einer deutſchen Ueberſetzung der Grundlehren des corpus juris und zu einer Fixirung des ergänzenden deutſchen Gewohnheitsrechts. Jetzt hat man dasjenige, was früher Vernunft hieß, „moderne Rechtsanſchauung“ genannt; betrachtet man ſeinen Inhalt aber genauer, ſo iſt das Beſte davon nur eine Quinteſſenz aus dem Studium des corpus juris, welche deſſem Sinne gewöhnlich näher ſteht, als dasjenige, was die übliche Exegeſe herausliest. Nur allzu oft iſt dieſe, wie wir geſehen haben, in der grammatikaliſchen Behandlung der Texte oberflächlich oder in der Auffaſſung der ſo gewonnenen Gedanken engherzig und ſchließlich in ihrer Formulirung unklar. Niemand kann die Verantwortung dafür übernehmen, daß er in der philologiſchen Unbefangenheit und Genauigkeit oder in der Vorausberechnung des vermuthlichen Zweckes und Sinnes des Geſetzes, in der Deduction des allgemeinen Satzes aus dem Einzelfalle und endlich in der Ausprägung des Gefundenen in die ſchwankenden und unbeſtimmten Formen der modernen Rechtsſprache keinen Fehlgriffen

ausgesetzt sei. So schweben wir in der steten Gefahr, daß der gefährlichste Feind der Wahrheit, der auf Abwege gerathene menschliche Scharfsinn, bei uns das Scepter führt. Und so mag denn zuguterletzt denn doch auch dem so oft als unerheblich zurückgewiesenen Rechtsgefühle die schuldige Anerkennung nicht vorenthalten bleiben. Dieses Rechtsgefühl besteht nicht aus einer Summe von Gedanken mit einem sachlichen Inhalte, es ist vielmehr eine Fähigkeit, welche man unter diesem Namen allein im Auge haben kann, so ziemlich dieselbe, welche man für gewöhnlich als gesunden Menschenverstand bezeichnet, und welche sich an ihren Verächtern dadurch rächt, daß sie dieselben auf Abwege gerathen läßt. Sie vermag zwar keine Schätze zu heben, aber sie zeigt als Wünschelruthe die Stelle, wo sie liegen. Gleich dem Spürhunde wittert sie das Mißverständniß, auch da, wo es im Glanze blendender Dialectik herrscht. Diesen Spürsinn nicht durch die betäubende Macht der verschiedenen Ansichten und Auffassungen, welche auf uns wirken, ertödten zu lassen, ist die erste Vorbedingung wissenschaftlicher Thätigkeit. Und so ist denn auch in unserer Frage die Intuition dem Quellenbeweise vorausgeeilt. Und doch kann sie den letzteren niemals ersetzen. Pythagoras hat nicht umsonst eine Hekatombe deshalb geschlachtet, weil er den Beweis für dasjenige fand, was er schon vorher wußte. Nicht nur auf dem Gebiete der Philosophie, sondern auch auf demjenigen der einzelnen Wissenschaften würden die Sophisten herrschen, wenn die Philosophen sie nicht widerlegten. Man kann die herrschende Meinung, welche sich auf die Exegese beruft, wie Shylock auf seinen Schein, nicht anders widerlegen, als, indem man nachweist, daß der Schein sie trügt. Und selbst denjenigen, welche den Quellenbeweis verschmähen zu dürfen glauben, ist es schwerlich damit Ernst. Dem Herzen eines jeden deutschen Juristen ist glücklicher Weise so durchaus der romanistische Stempel ein-

gedrückt, daß er schwerlich eher zufrieden sein kann, als bis seine Ansicht aus dem corpus juris erwiesen worden ist, und er sich rühmen darf: Roma locuta est.

Wir bedürfen also nach wie vor der sorgfältigsten Einzelexegese; nur werden wir viel mehr, als bisher, im kleinsten Punkte die größeste Kraft concentriren, d. h. auch bei dem Einzelnen stets auf das Allgemeine blicken müssen. Weil dies nicht immer geschehen ist, so haben sich die beiden Hauptübel unserer Zeit, die Nichtachtung der Autoritäten der Vorzeit und der muthlose Pessimismus, auch in unsere romanistische Wissenschaft eingeschlichen. So kann man es lesen, wie jüngere Autoren ihre eigenen Ideen mit denjenigen der römischen Classiker zu Gunsten der ersteren in Gegensatz stellen, und wie diejenigen, welche berufen sind, die Lust und Freude am römischen Rechte in den Kreisen der Praktiker und der studirenden Jugend wach zu erhalten, eine Behauptung aufstellen, welche alles wissenschaftliche Streben im Keime zerknicken muß, die Behauptung, daß man die römischen Juristen, diese Classiker der Verständlichkeit, Beobachtungsgabe und Zweckmäßigkeit, in jeder dieser Hinsichten überschätzt habe. Eine wissenschaftliche Arbeit soll zwar ohne Tendenz sein. Trotzdem gesteht der Verfasser es gern ein, daß das Streben, die Größe und Herrlichkeit des römischen Rechtes in einer der wichtigsten Fragen den Zweiflern entgegenzuhalten, allein seine Lust zur Arbeit zu erneuern vermochte, wenn seine Kraft gegenüber der sprachlichen und sachlichen Verworrenheit des modernen Geisteslebens zu erlahmen drohte. Für uns Juristen bleibt, so lange wir nicht in Phrasenhaftigkeit verflachen oder in Tiefsinnigkeit versumpfen wollen, Roma die communis patria, zu der alle Wege schließlich hinführen. Nicht weil dem Römervolke übernatürliche Fähigkeiten innewohnten, nicht weil alles, was damals galt, noch heute erhalten werden soll, sondern weil die Rechts-

geſchichte es uns lehrt, daß jenes Recht unter Bedingungen entſtand, wie ſie niemals wiederkehren. Ein Volk, das ganz in ſeinem Staatsweſen aufgeht, das mit dem Adlerblicke des Eroberers die thatſächlichen Verhältniſſe beobachtet, ſie nach ihrem rechtlichen Intereſſe in wenige zur Vermittelung der Rechtsanwendung beſtimmte Begriffe zuſammenfaßt, das die ganze gebildete Welt beherrſcht und deren Rechtsſätze Jahrhunderte hindurch in einen Centralpunkt concentrirt, ſie unter einander vergleichend und das Beſte behaltend, ein Volk, das mit größeſter Strenge nicht nur den Beſiegten niederdrückt, ſondern auch ſich ſelbſt zur höchſten Klarheit des Denkens und Redens zwingt, ein ſolches Volk kommt nicht wieder. Eben weil das alles ſo aus dem praktiſchen Leben herausgewachſen iſt, darum hat das praktiſche Bedürfniß dahin gedrängt, dieſes Mittel ſeiner Befriedigung auch bei uns zu recipiren, darum hält es daran feſt. Wer ernſtlich glaubt, nach neu geſchaffenen Geſichtspunkten vom grünen Tiſche oder vom Studirzimmer aus das Syſtem umzuwerfen, welches der Niederſchlag der Erfahrungen vieler Jahrhunderte iſt, und alle Rechtsſätze an diejenigen Zuſtände anknüpft, welche im Verkehrsleben und vor Gericht die Hauptrolle ſpielen, nämlich an die ſubjectiven Rechte,[1]) der macht die Rechnung ohne den Wirth, nämlich ohne

---

[1]) Die ſubjectiven Rechte gehören nach römiſcher Auffaſſung nicht zu dem blos Gedachten, ſondern zu dem Realen (l. 23. dig. de verb. sign. 50, 16. (Ulpianus): Rei appellatione et causae et jura continentur), freilich nicht zu den Körpern, ſondern zu den Zuſtänden und nur zu denjenigen, welche man nur auf Grund von Rechtskenntniſſen (juris intellectu) als ſolche erkennen kann. Die juriſtiſche Bildung iſt das Mikroſkop, durch welches allein man ſie ſieht; ſie ſelbſt liegen aber durchaus in der Außenwelt, ſonſt würde nicht jeder Juriſt ſie immer wieder erkennen. Sie beſtehen in einer Beziehung der Menſchen zu einander oder zu der Sachenwelt, welche ſich aus dem gleichfalls der Außenwelt angehörigen objectiven Rechte mit Nothwendigkeit für jeden denkenden Menſchen ergiebt. Wenn

das Bedürfniß der Rechtsanwendung im Verkehre und vor Gericht. Würde, was glücklicher Weise nicht zu befürchten ist, unser Reichscivilgesetzbuch wirklich sein System in einer von dem römischen in erheblichem Umfange abweichenden Weise gestalten oder es ohne Noth mit gekünstelten Neubildungen überladen, so würde der Ideenschatz des römischen Rechtes bald nur ein Besitz weniger Auserwählter sein.[1]) Man mache sich hierüber keine Illusionen. Ein Praktiker liest der Regel nach nicht allzugern in einem Buche, in welchem statt der ihm geläufigen Vorschriften und Institute seines Rechtes ganz andere gleichnamige Dinge vorkommen. Er darf es überhaupt nur bei hervorragender wissenschaftlicher Bildung thun, sonst gerathen in seinem Kopfe die beiden Systeme durch einander. Und wie die Alten sungen, so zwitschern die Jungen. Kein Examenzwang der Welt wird die große Menge zu dem Studium eines kunstvollen Ideencomplexes hintreiben können, wenn die Ansicht herrscht, daß man diesen „später nicht brauche". In der Hand unserer Gesetzgebungscommission liegt es, ob man später die römische Gedankenwelt, von welcher die deutsche Rechtswissenschaft so hoch erhoben worden ist, noch „brauchen" wird. Möge ein gütiges Geschick von unserem Vaterlande den Verlust eines seiner herrlichsten Schätze fernhalten.

---

man von einer „Rechtswelt" spricht, so meint man natürlich nur diejenigen Vorgänge und Zustände der Außenwelt, welche nach dem objectiven Rechte wichtig sind. Mit Unrecht polemisirt daher Schloßmann (Grünhut's Zeitschrift. Bd. VII. S. 548) gegen diesen Ausdruck.

[1]) Schon jetzt gehört auf manchen Universitäten die wichtigste Vorlesung, das Pandekten-Exegetikum, nicht zum täglichen Brote, sondern wird als eine Delikatesse für Auserwählte behandelt.

Druckfehler-Verzeichniß und Nachträge.

1) S. 33 Z. 13 von oben lies sententia statt sensentia.
2) S. 37 Z. 17 v. o. lies ac statt et.
3) S. 37 Z. 18 v. o. streiche consententium.
4) S. 38 Z. 4 v. o. lies impediuntur statt impendiuntur.
5) Zu S. 28. Anm. 2: In der l. 1. §. 1. dig. de libertis universitatium 38, 3. wiederholt sich der Satz municipes consentire non possunt in einer unzweifelhaften Beziehung auf die Abgabe einer Erklärung (petitio bonorum possessionis).
6) Zu S. 39. Anm. 1.: Auch nolle heißt bisweilen „eine Ablehnung erklären". arg. l. 1. §. 6. dig. de success. ed. 38, 9.
7) S. 50 Z. 21 v. o. lies immortalitatemque statt mortalitatemque.
8) S. 52 Z. 2 v. o. streiche „es".
9) S. 52 Z. 1 von unten lies 23, 2 statt 23, 1.
10) S. 96 Z. 2 v. u. lies „Bonhommie" statt „Bonhomie".
11) S. 97 Z. 3 v. u. lies „Abh. 1" statt „Abth. 5".
12) S. 101 Z. 8 v. u. lies rechtsgeschäftliche statt rechtsgeschichtliche.
13) S. 102 Z. 8 v. u. lies „hin" statt „ein".
14) S. 107 Z. 1 v. u. lies „der erworb. Rechte".
15) S. 113 Z. 14 v. o. lies „Stintzing" statt „Stinzing".
16) S. 113 Z. 22 von oben lies aestimari statt aesti mari.
17) S. 113 Z. 25 v. o. lies 2, 1 statt I, 1.
18) S. 116 Z. 2 v. o. lies „ihm" statt „ihnen".
19) S. 122 Z. 9 v. o. lies „einem ganzen Zweige" statt „einen ganzen Zweig".
20) S. 129 Z. 21 v. o. lies „die" statt „diese".
21) S. 130 Z. 13 v. u. lies „den Aussteller" statt „diesen".
22) S. 136 Z. 1 v. o. lies „von" statt „in".
23) S. 138 Z. 6 v. o. lies negotia statt negotiae.
24) S. 139 Z. 8 v. o. lies ab alio statt alio.

25) S. 139 Z. 10 v. o. lies creditoris ignorantis statt creditoris.
26) S. 146 Z. 1 v. u. lies die Verleihung statt der Verleihung.
27) S. 158 Z. 2 v. o. lies „genommene" statt „genannte".
28) S. 159 Z. 12 v. u. lies veluti si ita statt veluti ita.
29) S. 160 Z. 10 v. u. lies partis statt pactis.
30) S. 162 Z. 1 v. u. lies 3, 5 statt 3, 6.
31) S. 191 Z. 15 v. u. lies disertis statt dissertis.
32) S. 207 Z. 12 v. o. lies „gehalten" statt „hält."
33) S. 212 Z. 8 v. u. und Z. 1 v. u. lies „Besitzesschutzes" statt „Besitzschutzes."
34) S. 220 Z. 5 v. o. lies Er statt Es.
35) S. 232 Z. 11 v. u. lies tibi statt sibi.
36) S. 239 Z. 11 v. u. ist hinter legare einzuschieben „oportet".
37) S. 239 Z. 10 v. u. lies lego statt lege.
38) S. 244 Z. 16 v. u. lies ob statt ab.
39) S. 247 Z. 14 v. o. lies „welche" statt „welchen".
40) S. 249 Z. 4 v. o. lies „Klassen" statt „Klasse".
41) S. 252 Z. 1 v. u. ist hinzuzufügen: vgl. auch Windscheid, Pand. §. 86. Anm. 1.
42) S. 253 Z. 15 v. u. lies est enim statt enim est.
43) S. 256 Z. 7 v. u. lies „suspendirt" statt „suspensirt".
44) S. 259 Z. 9 v. u. streiche dig.
45) S. 260 Z. 19 v. o. lies „Parteierklärungen" statt „Parteierkärungen".
46) Zu S. 267 Anm. 3 ist am Schlusse (auf S. 268) hinzuzufügen: Der Verfasser kehrt mit dieser Unterscheidung zwischen der Rückfallsabrede und der Rückerstattungsabrede als zweier Arten der Resolutivbedingung zu der älteren quellenmäßigen Ansicht zurück. (Vergl. Hitting, Ztschr. f. Handelsr. Bd. II. S. 242.) Die neuere Behauptung, daß die obligatorischen Resolutivbedingungen diesen Namen nicht verdienen, hält er für eine durch nichts gebotene Abweichung von der Redeweise der Quellen.
47) S. 270 Z. 12 v. o. lies „zur dinglich wirkenden Suspensivbedingung" statt „zu dinglich wirkenden Suspensivbedingungen".

Ein Quellenregister soll dem zweiten Bande beigefügt werden.

Druck von L. Reiter, Herzoglicher Hofbuchdrucker, Dessau.

Der Irrthum

bei nichtigen Verträgen

nach römischem Rechte.

Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre

von

Dr. Rudolf Leonhard,
außerordentlichem Professor an der Universität in Göttingen.

Zweiter Theil:

Die Ausführung der Lehre.

Berlin
Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung
Harrwitz und Gossmann
1883.

Inhalts-Verzeichniss.

Zweiter Theil.

Seite

§. 15 Einleitung zu dem zweiten Theile 287

Erster Abschnitt. Die Grundbegriffe.

§. 16. Der Begriff der Nichtigkeit 294

§. 17. Inwieweit ist eine Differenz zwischen Geschäftsabsicht und Erklärung möglich? 322

§. 18. Falsa demonstratio non nocet 330

§. 19. Der Dissensus 338

§. 20. Der einseitige, nicht erkennbare Irrthum bei zweiseitig belastenden Geschäften 348

§. 21. Die einseitig belastenden Geschäfte und Familienrechtsverträge 363

§. 22. Der beiderseitige Irrthum 380

§. 23. Errantis voluntas nulla est 386

Zweiter Abschnitt. Casuistik.

§. 24. Der error in persona. Kanonisches Recht 398

§. 25. Der error in re und in genere 424

§. 26. Der error in qualitate 436

§. 27. Der error in quantitate und in negotio 466

§. 28. Der sog. error in dominio 475

§. 29. Der Irrthum der Hilfspersonen bei dem Vertragsschlusse 493

§. 30. Allgemeine Schlußbetrachtungen. Wesentlichkeit des Irrthumes. Culpa und dolus in contrahendo. Irrthum und Voraussetzung 512

Dritter Abschnitt. Ein Rückblick auf die herrschende Lehre.

§. 31. Zur Klarstellung der herrschenden Lehre 539

§. 32. Die Hemmnisse der richtigen Lehre 571

§. 33. Schluß 583

§. 15.

Einleitung zu dem zweiten Theile.

Das Ergebniß des ersten Theiles dieses Buches war der Satz:

> Die Erheblichkeit des Irrthumes über einen Umstand für die Giltigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegen.

Dieses soll nun bis in das einzelne hinein näher erwiesen werden. Der erste Abschnitt des zweiten Theiles soll die Grundbegriffe dieser Lehre: Nichtigkeit, Willensmangel, Dissens und stillschweigende Bedingung an der Hand der Quellen näher beleuchten, der zweite eine Casuistik der Irrthumslehre nach dem bisher üblichen Schema in dem Lichte der gewonnenen einfachen Resultate darstellen und hierdurch einerseits die Entbehrlichkeit jenes Schemas darthun, andererseits diese Resultate neu erweisen. Der dritte Abschnitt soll endlich abschließender Art sein und sich ausschließlich mit den Gegnern beschäftigen. Nachdem ihre Ansicht widerlegt und entbehrlich gemacht worden ist, soll sie, unklar, wie sie ist, zunächst in ihrem logischen Inhalt genau erfaßt werden, damit dem Verdachte, daß sie beseitigt wurde, weil man sie nicht verstanden hat, vorgebeugt werde, einem Verdachte, welcher bei der unsicheren Art, in welcher einige ihrer Vertreter sie gleich einem schwankenden Nebelbilde vorzustellen pflegen, sehr

nahe liegen muß. Endlich soll dogmengeschichtlich ihre im Mittelalter liegende Quelle nachgewiesen und durch die Klarlegung eines altehrwürdigen Stammbaumes ihre Herrschaft begreiflich gemacht werden. Die Dauer dieser Herrschaft erklärt sich ohnehin von selbst aus der außerordentlichen Schwierigkeit derartiger exegetischer Aufgaben. Nirgends vermag so wenig wie hier der gute Wille einen Ersatz für das richtige Verfahren zu bieten. Darum wird jetzt neuerdings die übliche Methode mit Recht kritisirt. Dabei pflegt nun die „inductive Methode" als die einzig heilbringende so laut proclamirt zu werden, daß dies beinahe zu einem Schlagworte zu werden droht. Nun unterliegt es allerdings keinem Zweifel, daß diese Methode da, wo sie sich anwenden läßt, die einzig richtige ist. Bedauerlich und verwerflich ist es gewiß, wenn aus vorgefaßten Meinungen die einzelnen Stellen ihrem erkennbaren Sinne zuwider ausgelegt werden. Allein dieses negative Ergebniß hilft uns nicht weiter. Die Schwierigkeit unserer Wissenschaft, welche sie z. B. vor der reinen Geschichts- und der Naturwissenschaft auszeichnet, liegt vielmehr darin, daß sich nach der Beschaffenheit unserer Quellen eben mit der blos inductiven Methode allein gar nichts anfangen läßt. Hätten wir alle römischen Rechtsvorschriften so vor uns liegen, wie sie vor Ulpianus und Papinianus lagen, so würde nichts leichter sein, als sie zu systematisiren; man würde sie etwa in ähnlicher Weise behandeln können wie der Botaniker seine Pflanzen. Das Schlimme liegt aber darin, daß wir von diesen Gesetzen und Gewohnheitsrechtssätzen nur kümmerliche Reste besitzen und daß der bei weitem größeste Theil unserer Quellen keine Rechtssätze mittheilt, sondern nur Entscheidungen und Deductionen aus solchen. Wir müssen uns die Rechtssätze, welche den Verfassern der überlieferten Stellen vorschwebten, vielmehr meistens erst reconstruiren, den Gedanken-

proceß, welcher ſich in ihnen vollzog, nochmals nachdenken; aus dem Schluſſe, der Quellenentſcheidung und dem logiſchen Unterſatze, dem mitgetheilten Thatbeſtande, müſſen wir den logiſchen Oberſatz, d. i. die römiſche Rechtsnorm, erſt finden. Die Logik lehrt nun, daß man bei einem ſolchen Verfahren zu mehrfachen Reſultaten kommen kann, und in der That kann dieſelbe Entſcheidung in demſelben Falle auf ganz verſchiedenen Geſetzen beruhen. Die einzelne Pandectenſtelle giebt alſo gewöhnlich mehrere Antworten auf die Frage nach ihren Gründen, richtig iſt aber ſicherlich nur diejenige, welche mit allen Quellenſtellen harmonirt. Mit der einzelnen Stelle iſt alſo gar nichts anzufangen, wenn man nicht das Ganze überſieht; von einer rein inductiven Methode kann daher ſchon aus dieſem Grunde nicht die Rede ſein. Dazu kommt noch ein zweiter Uebelſtand. In jeder Wiſſenſchaft findet der Anfänger in jedem Entwickelungsſtadium einen Schatz von Vorarbeiten vor, von denen ein Theil aus Irrthümern beſteht, und daher iſt ſeine Aufgabe ſowohl eine kritiſche als auch eine productive.

In wenig anderen Wiſſenſchaften iſt aber, mag man aus unſerer Dogmengeſchichte jeden beliebigen Querdurchſchnitt nehmen, das Verhältniß zwiſchen demjenigen, was ſich ſpäter als verbeſſerungsbedürftig herausgeſtellt hat, und demjenigen, was dauernden Werth behielt, ein durchgehend ſo ungünſtiges wie in der romaniſtiſchen Wiſſenſchaft ſeit der Zeit der Gloſſatoren. Es erklärt ſich dies aus zwei Umſtänden, welche der romaniſtiſchen Jurisprudenz eigenthümlich ſind. Zunächſt daraus, daß man aus unſeren Quellenſtellen, wenn man nicht ſchon mit vorgefaßten Meinungen an ſie herantritt, zumächſt gar nichts herausleſen kann; denn wer das objective Recht nicht ſchon kennt, kann Entſcheidungen aus demſelben nicht verſtehen. Soweit alſo das objective Recht unklar iſt, mußte von jeher das unſichere Hilfs-

mittel der Divination dem Quellenbeweiſe vorarbeiten und die überlieferte Anzahl der augenblicklich herrſchenden irrigen Anſchauungen ſich gerade bei den grundlegenden Studien als ein unentbehrliches Hilfsmittel dem Geiſte einprägen. Darum ſind große Fortſchritte in unſerer Wiſſenſchaft in der Regel die Folge radicaler Umwälzungen der Methode geweſen; die Losſagung vom Alten[1]) hat hier ſegensreicher gewirkt als anderswo. Zweitens hat unſere Wiſſenſchaft hinter ſich ſtets einen Treiber gehabt, der ſie zu vorläufigen und übereilten Abſchlüſſen unaufhörlich zwang, die Praxis. In der Geſchichte, der Naturwiſſenſchaft, der Medicin hütet man ſich ſehr wohl, in Fragen, von denen man ſieht, daß ſie noch nicht ſpruchreif ſind, einen Abſchluß zu machen.

Dies ging darum in der Lehre vom Rechte nicht, weil die Parteien den Richter drängten und dieſer wieder von dem Rechtslehrer eine beſtimmte Auskunft verlangte. Darum begnügt man ſich ſeit der Zeit der Conſiliatoren in der Pandectendoctrin mit vielen wiſſenſchaftlichen Abſchlagszahlungen, wie ſie in anderen Wiſſenſchaften nicht möglich ſein würden. Sie befriedigen freilich die Praxis zunächſt; denn dieſe will ja nur ein Recht haben, das ſie anwenden kann, ſie leidet zunächſt weniger unter der ſachlichen Schlechtigkeit, als unter der Ungewißheit des Rechtes. Ueberhaupt iſt das Intereſſe der Rechtsanwendung für den wiſſenſchaftlichen Fortſchritt in gewiſſer Hinſicht ein naturgemäßes Hemmniß. Das Volk hat zwei Bedürfniſſe, die ſich widerſtreiten und in deren vernünftiger Ausgleichung die Geſetzgebungskunſt vornehmlich beſteht. Das Recht und die Rechtstheorie, welche ſeine Anwendung vermittelt, ſollen gut und zugleich unabänderlich ſein; dies iſt aber in Anbetracht der menſchlichen Unvoll-

[1]) So z. B. ſcheint es nach den meiſten Lehrbüchern, als ob es vor Savigny noch keine Romaniſten gegeben habe; ſo deſtructiv wirkte der Altmeiſter der hiſtoriſchen Schule.

kommenheit nicht erreichbar; es müssen also entweder an der Güte, oder an der Unabänderlichkeit Opfer gebracht werden. Der Richterstand, welcher nur für die richtige Anwendung der Gesetze, nicht für ihre Heilsamkeit verantwortlich ist, wird eher zu dem ersteren, der Staatsmann eher zu dem letzteren Opfer bereit sein. Mit Recht befürchtet der Jurist, welcher für Arbeiten untergeordneter Art stets dankbar ist, in jeder durchgreifenden Neuerung eine Zerstörung des bisherigen Besitzstandes ohne genügenden Ersatz, stellt jedem Neuerer die Präsumption der Uebereiltheit und des Mangels an Sorgfalt entgegen und entschließt sich nur im äußersten Nothfalle, eine gerade herrschende Meinung mit einer anderen zu vertauschen. Wäre dem nicht so, so würde die Rechtssicherheit in der That auf das Aeußerste gefährdet sein.

Während also in jeder anderen Wissenschaft Fortschritte selbst dann als solche anerkannt werden, wenn sie nicht in ganz tadelloser Form ausgeprägt sind, während sonst jede Verbesserung, ohne daß es nöthig ist, dafür ein Aequivalent zu leisten, dankend angenommen werden kann, zögert die Jurisprudenz auf das Aeußerste, ehe sie für einen ihr dargebotenen Fortschritt die mit der Gefahr einer Rechtsverwirrung verbundene Anerkennung zu zahlen geneigt ist. Nur wo ihr die unbedingtesten Garantieen dafür gewährt werden, daß aus der geplanten Veränderung keine Verschlechterung hervorgeht, wagt sie es, ein Altgewohntes aufzugeben und ihre Abneigung gegen Neuerungen zu überwinden. Wer also bei dem wissenschaftlichen Vorgehen nicht genau Vordermann nimmt und an die gewohnten Vorstellungen anknüpft, der wird auf eine unmittelbare Beeinflussung der Juristenwelt verzichten müssen.[1]) Schließlich freilich ist es gerade das Bedürfniß

[1]) Aus diesem Umstande ist es auch zu erklären, warum die in dieser Hinsicht beeinflußte studirende Jugend in der juristischen Facultät nur

der Rechtsanwendung, welches, nachdem es sich lange dem wissenschaftlichen Fortschritte entgegengestemmt hat, schließlich doch demselben den Weg bahnen muß. Die unrichtigen Rechtslehren pflegen auch unklar zu sein; je länger sie herrschen, desto mehr steigern sich ihre inneren Widersprüche. Ein Controversenwust häuft sich an und droht, überall Verwirrung und Rechtsstreitigkeiten erzeugend, den Practiker oft in unerträglichster Weise zu überlasten. Dann erst verlangt auch dieser nach einer Berichtigung und Vereinfachung der Grundlehren, wie sie nur die Wissenschaft gewähren kann. Dann erst erntet diese dafür Dank, wenn sie von dem Durchwühlen der Einzelheiten, welches ihr nur Regenwürmer statt der gesuchten Schätze darbot, absteht und von einer Prüfung der allgemeinen Lehren, die sie gläubig als ein Evangelium entgegen zu nehmen pflegte, nicht mehr zurückschreckt,[1]) sondern die üblichen Fragestellungen zu kritisiren und zu verbessern unternimmt.[2]) Dann erst findet sie oft mit leichter Mühe einige wenige Gesichtspunkte, welche ihr alle die Einzelheiten, mit denen sie sich bisher vergeblich abmühte, außer jeden Zweifel stellen.

---

zu einem kleineren Theile an wissenschaftlichen Fortschritten Antheil nimmt, als es in anderen Facultäten der Fall ist. Vgl. über die Unpopularität unserer Wissenschaft auch Bekker, Ueber die Couponsprocesse. 1881. (Vorwort.)

[1]) Der durch Savigny angebahnte großartige Umschwung war darum so gewaltig, weil er in eine Zeit fiel, in der es in der alten Art nicht mehr weiter ging.

[2]) Die große Menge des Volkes, welche in erster Linie an einem Fortschritte der Rechtswissenschaft und der durch einen solchen gesteigerten Verwirklichung der Ziele des Gesetzgebers und der mit demselben verbundenen Vereinfachung des Rechtes interessirt ist, muß ganz außer Rechnung bleiben, weil sie, um mit Bekker (Ueber die Couponsprocesse, Weimar 1881, Vorwort) zu reden, den innigen Zusammenhang zwischen dem Privatrecht und dem Geldbeutel nicht begreift.

So bewegt sich also der Fortschritt der Pandektendoctrin nicht in gerader Linie vom Einzelnen zum Allgemeinen. Wenn sie vielmehr, vom Einzelnen ausgehend, allgemeine Grundirrthümer berichtigt hat, so muß sie dann wieder zum Einzelnen hinabsteigen, dies berichtigend und neue Anregungen zur Revision der allgemeinen Lehren empfangend, ewig wechselnd. Erst wenn wir einmal wirklich die Ueberzeugung haben dürften, daß der Mißklang, welcher noch vielfach zwischen der Einzelexegese und der allgemeinen Doctrin besteht, sich weder durch Berichtigung der einen, noch der anderen vermindern läßt, würde unsere Aufgabe gelöst sein. Damit hat es aber noch gute Weile.

Diese Nothwendigkeit, allgemeine Lehren als Vorfragen besonderer Theorien zu prüfen, erweist sich nirgends so klar wie in der Irrthumslehre. Wer zunächst unter consensus zwei innere Absichten versteht und es für ein unumstößliches Axiom hält, daß die Erheblichkeit des Irrthumes von der Art seines Gegenstandes abhängt, wer hiernach mit Fragen, die sich von selbst verbieten, an die Quellen herantritt,[1]) der kann bei seinen Vereinigungsversuchen nur zu jenem glänzenden Mißerfolge gelangen, aus welchem die herrschende Meinung selbst keinen Hehl macht. Darum konnte auch der Verfasser hier nicht so vorgehen, wie es etwa einem Fanatiker der inductiven Methode gefallen würde; er mußte in dem ersten Theile zunächst die üblichen Grundirrthümer und Fragestellungen berichtigen, ehe er auf ein Verständniß der einzelnen Stelle rechnen konnte. Er kann auch jetzt noch nicht die Casuistik durchsprechen, ehe er nicht die in der Irrthumslehre üblichen Grundbegriffe einer Beleuchtung unterstellt hat.

[1]) z. B.: Ist der error in substantia erheblich? Darauf kann man nicht mit ja oder nein antworten. Vgl. auch Burkhard in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 23, S. 56.

Erſter Abſchnitt.

Die Grundbegriffe.

§. 16.

Der Begriff der Nichtigkeit.

Bekker[1]) bemerkt nicht mit Unrecht, daß die Lehre von der Nichtigkeit zu den verworrenſten der heutigen Jurisprudenz zählt. Die Urſache hiervon ſieht der Verfaſſer zunächſt in dem Mangel einer feſten deutſchen Rechtsſprache in Verbindung mit dem Umſtande, daß, wie wiederholt hervorgehoben werden mußte, die neuere Jurisprudenz in dem an und für ſich berechtigten Streben nach Selbſtändigkeit ſich nicht für verpflichtet hält, mit der Sprache der Quellen Fühlung zu halten.[2]) Ferner hat man, ſelbſt wenn

[1]) Ueber die Couponsproceſſe, Weimar 1881, S. 36, Anm.

[2]) Selbſt Windſcheid (Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte, Düſſeldorf 1847) will die wegen Unmöglichkeit einer eingefügten Bedingung wirkungsloſen Geſchäfte nur unwirkſame, nicht ungültige und alſo auch nicht „nichtige" nennen, obwohl die Quellen auch hier von Nullität reden (l. 8. pr. dig. de peric. et commodo 18, 6. l. 31. dig. de obl. et act. 44, 7). Sein Begriff der Nichtigkeit iſt alſo ein engerer als der römiſche Begriff der Nullität und ſomit für die Quellenexegeſe nicht verwerthbar. Auch in §. 82. Pand. Anm. 1 ſtreitet Windſcheid den wegen ausfallender Bedingung erfolgloſen Geſchäften den Namen von nichtigen ab, weil nicht das Recht, ſondern das Nichtwollen ſie entkräftet. Allein wenn das Recht dieſes Nichtwollen ignorirt, indem es z. B. bei Teſtamenten die unmögliche Bedingung ſtreicht, ſo iſt das Geſchäft doch giltig; entkräftet wird es alſo immer nur durch das

man sich an die Quellen zu halten bemüht war, vielfach übersehen, daß man es hier mit zwei doppeldeutigen Worten zu thun hat. Zunächst ist das Wort negotium, desgl. die Bezeichnungen seiner Arten: pactum, testamentum, emptio, locatio, societas u. s. w., gerade wie die entsprechenden deutschen Wörter Geschäft, Vertrag, Testament, Kauf, Miethe, Societät u. s. w., doppeldeutig. Diese Wörter bezeichnen bald einen Geschäftsact, bald Geschäftswirkungen.[1]) So nennt man z. B. einen Kauf sowohl den Kaufsabschluß, d. i. den von den Contrahenten ausgesprochenen und sogleich zeitlich vorübergegangenen Dialog, als auch die mit demselben entstehenden und bleibenden, derartigen Geschäftsacten eigenthümlichen Geschäftswirkungen, das sind die beiderseitigen Forderungen.[2]) Nur läßt es sich nicht leugnen, daß der

---

Recht. Weiterhin nähert sich freilich Windscheid in diesem Paragraphen wieder den Quellen, indem er in einem Falle einer schwebenden Geschäftsbedingung (Nr. 2.) von einer unentschiedenen Geschäftsbedingung spricht. Dagegen mit Unrecht Bekker, Couponsprocesse, S. 37. Auch in der von Savigny (System, IV. S. 542) vernachlässigten Unterscheidung zwischen nichtigen Geschäften und solchen, deren Wirkung erst eingetreten und dann weggefallen ist, ist Windscheid, Pand., §. 82, Anm. 1, unbedingt beizupflichten. Vgl. auch Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, §. 86, Anm. 4. Unger, System. Bd. II, §. 91, spricht im Falle der Vernichtung von „nachfolgender Nichtigkeit".

[1]) Dies ist namentlich hervorgehoben worden von Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. III, §. 53, S. 149, 157 ff. Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 2; s. oben Bd. I, S. 56, Anm. 1. Ueber eine besondere Unterscheidung Karlowas vgl. Windscheid, Pand., §. 82, Anm. 2.

[2]) So versteht man z. B. unter einem Contrahenten bald einen Menschen, der die Vertragserklärung in wahrnehmbarer Weise abgiebt, bald denjenigen, der aus einer Vertragserklärung berechtigt oder verpflichtet wird. Nur deshalb streitet man, ob der Stellvertreter, oder dominus contrahire. Im ersten Sinne ist der erstere, im letzteren der zweite Contrahent. Unter den Streitenden besteht also keine Meinungsdifferenz, son-

ſtrengere römiſche Sprachgebrauch nur da von Geſchäften einer beſtimmten Art redete, wo beides vorlag, der Geſchäftsact und die mit dem gleichen Worte bezeichneten Geſchäftswirkungen:

> arg. l. 2. §. 1. testam. quemadm. aperiantur 29, 3. (Ulpianus). Testamentum autem proprie illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.[1])

Neben dieſem ſtrengeren Sprachgebrauche[2]) hat ſich aber ein freierer gebildet, nach welchem auch die nichtigen Rechtsgeſchäfte von dem Rechtsgeſchäftsbegriffe mit umfaßt werden. Mag dieſe Verwendung des Wortes „nichtig“ als Eigenſchaftswort[3]) immerhin als eine abuſive bezeichnet ſein,[4]) mißbräuchlich entſtanden oder nicht, jedenfalls liegt ſie vor uns als eine hiſtoriſche Größe, als ein Factum der römiſchen wie der deutſchen Sprachbildung, und heiſcht gebieteriſch Anerkennung. Wir müſſen das nichtige Rechtsgeſchäft den Rechtsgeſchäften beizählen, da wir es

---

dern nur eine Verſchiedenheit der Ausdrucksweiſe hinſichtlich eines zweideutigen Wortes, vergl. auch l. 3. §. 14. dig. de acqu. vel. am. poss. 41, 2., woſelbſt emere den Erwerb aus der Ausführung des Kaufes bezeichnet.

[1]) Vergl. auch l. 4. §. 6. dig. de re judicata 42, 1. l. 1. §. 2. d. quod quisque juris in alterum statuerit 2, 2. und zu dieſen Stellen Schloßmann, Zur Lehre vom Zwange, Leipzig 1874, S. 16, 17, und auch Der Vertrag, S. 139, Anm. 1.

[2]) Eine Anwendung deſſelben dürfte auch in der cst. 5. §. 1. Cod. de legibus I, 14. zu finden ſein. Die Definition des pactum in der l. 1. §. 2. dig. de pactis 2, 14. umfaßt nicht die wegen Diſſenſes, wohl aber die aus andern Gründen nichtigen Verträge. In der deutſchen Sprache wendet man das Wort „Vertrag“ auch bei den erſteren zweifellos an.

[3]) Schloßmann a. a. O., S. 17, beſtreitet dieſelbe mit Unrecht.

[4]) Arg. l. 24. dig. de statuliberis 40, 7. l. 2. §. 1. cit. 29, 3.

mit diesem Namen benennen.[1]) Die Behauptungen: Hic emptio non est und haec emptio nulla est sind zweierlei. Ein Vertrag, bei dem ein Haus für nichts überlassen wird, ist z. B. nicht ein nichtiger Kauf, vielmehr gar keiner, sondern eine Schenkung. So wird auch in der deutschen Sprache das Wort „nichtig" adjectivisch da verwendet, wo von existenten Dingen die Rede ist. Ein nichtiger Mensch ist z. B. sicherlich ein Mensch, welcher wirklich vorhanden ist, er ist nur „ohne Inhalt", ohne die „solchen Wesen eigenthümlichen Eigenschaften", ein „unbrauchbarer, unnützer" Mensch. So ist also auch ein nichtiger Geschäftsact allerdings vorhanden, aber „ohne die mit solchen Acten gewöhnlich verbundenen Wirkungen",[2]) ein mangelhafter, erfolgloser, unnützer Geschäftsact, ein negotium inane[3]) oder

[1]) Vgl. hierüber Lotmar, Ueber causa, München 1875, S. 11, 12. Zitelmann (S. 287) wendet gegen die Kraft dieses Argumentes ein, daß wir ja auch von „verfehlten Lösungen" u. dergl. reden. Allein daraus folgt nur, daß hiernach das Wort „Lösung" nicht blos solche Handlungen bezeichnet, welche Aufgaben lösen, sondern auch solche, welche Aufgaben lösen sollen. Genau so verhält es sich mit dem Rechtsgeschäfte. An anderen Stellen (z. B. S. 341.) verwendet übrigens auch Zitelmann den Rechtsgeschäftsbegriff in dem richtigen weiteren Sinne.

[2]) Nicht nothwendiger Weise ein gänzlich unwirksamer (vgl. hierüber Zitelmann, S. 300. Karlowa. Gajus III. §. 176, 179. Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen 1876. Th. I. S. 688: „Einen Kauf, dessen normaler Zweck von vornherein objectiv unmöglich ist, werden wir daher unbedenklich als „nichtigen" Kauf bezeichnen.")

[3]) Daß nullus so viel wie inanis bedeuten kann, wird von Dirksen (manuale sub voce nullus) anerkannt. Mit Unrecht rechnet jedoch Dirksen zu den Fällen dieser Bedeutung die leges 6, 7. §. 8. dig. de dolo malo 4, 3. und Gajus IV, 131. In allen diesen Stellen kann, wenn man sie unbefangen liest, nullus nicht so viel wie „mangelhaft", sondern nur „gar nicht vorhanden" oder „kein" bedeuten. Die l. 1. §. 3. dig. de pactis 2, 14. ist in dieser Hinsicht zweifelhaft. Vgl. überhaupt unten §. 23 und l. 5. §. 1. dig. de off. ejus 1, 21: quia jurisdictio sine modica coercitione nulla (werthlos, wirkungslos) est.

inutile.[1]) Der Verfaſſer glaubt ſogar mit dieſer Ausführung nicht allzu weit von der herrſchenden Meinung abzuweichen.[2]) Ablehnend freilich verhält er ſich zu der Lehre, daß das nichtige Geſchäft eine blos ſcheinbare Exiſtenz beſitze.[3]) Dasjenige, was bei ihm exiſtirt, der Geſchäftsact, iſt nicht blos ſcheinbar, ſondern wirklich vorhanden, und dasjenige, was fehlt, die „normale“[4]) Geſchäftswirkung, iſt auch nicht einmal zum Scheine da, ſondern ganz und gar nicht. Wenn dagegen Windſcheid meint, das nichtige Geſchäft ſei ein Körper ohne Seele,[5]) ſo kann doch füglich unter dem „Körper“ nur der Geſchäftsact, unter der „Seele“

---

[1]) Inutilis wird bald mit nullus identificirt (Gajus III, 176), bald bezeichnet es im engeren Sinne den beſonderen Fall der unerwünſchten Nullität, im Gegenſatze zu der erwünſchten Erfolgloſigkeit des Geſchäftes, dem ſog. non datum, vergl. l. 1. §. 1. dig. de reg. Caton. 34, 7. Kretſchmar, Die Natur des Prälegats nach röm. Rechte, 1874, S. 211. ff. Karlowa, Rechtsgeſchäft. S. 117. ff. Windſcheid, Pand. §. 82. Anm. 1.

[2]) Karlowa, das Rechtsgeſchäft, S. 117. lehnt die im Texte angenommene richtige Anſicht darum ab, weil bei der Ausdehnung des Rechtsgeſchäftsbegriffes auf nichtige Thatbeſtände derſelbe allen Werth verlieren würde. Allein im Rechtsleben ſpielen die nichtigen Rechtsgeſchäfte in Anbetracht der Möglichkeit, auf ſie eine Klage zu gründen und dem Verklagten den vielleicht unmöglichen Beweis des Mangels aufzubürden, eine ſo bedeutende Rolle, daß ein zweifelloſes Bedürfniß dazu, ſie mit den giltigen zu einem gemeinſamen Begriffe zuſammen zu faſſen, vorliegt. — Auf die Vertragswirkung, nicht auf den Vertragsſchluß bezieht ſich auch die l. 13. §. 29. dig. de actione empti 19, 1: ex uno latere constat contractus (= die Vertragswirkſamkeit). Hierdurch erledigen ſich die von Schloßmann (Vertrag, S. 338) gegen den Begriff der pacta claudicantia erhobenen Bedenken.

[3]) So z. B. Unger, Syſtem, Bd. II, §. 91. Zitelmann, S. 288, 377. Vgl. gegen dieſe Auffaſſung ſchon Kohler, Ztſchr. für franzöſiſches Civilrecht, Bd. VIII, S. 502.

[4]) Bechmann a. a. O., S. 688.

[5]) Pand., §. 82, Anm. 2.

nur die solchen Acten characteristische Wirkung verstanden werden. Wenn freilich Windscheid weiterhin meint, daß das nichtige Rechtsgeschäft nur „für das Recht“ nicht vorhanden sei, so bedarf dieser bildliche Ausdruck[1]) aus demselben Grunde einer Einschränkung, aus welchem man die nichtigen Geschäfte nicht wirkungslose nennen kann. Die nichtigen Geschäftsacte sind nicht immer wirkungslos und also nicht immer für das Recht gleichgültig, nur ihr Inhalt, das in dem Acte ausgedrückte Streben, ist es. So ist das mandatum non gratuitum,[2]) d. h. ein von den Parteien als Mandat bezeichneter Vertrag, bei dem ein Entgelt ausbedungen ist, bekanntlich nullum; dieser Geschäftsact ist aber durchaus nicht für das Recht gleichgültig, er ist nur als Mandat gleichgültig, er existirt nur als „solcher“ nicht, vielmehr als Dienstmiethe.[3]) Er ist auch nicht unwirksam, er wirkt als Dienstmiethe, aber er wirkt nicht „als solcher“, d. h. die Mandatsvertragswirkungen treten nicht ein. Es ist ein Act ohne die solchen Acten eigenthümliche Wirkung.[4]) Dies stimmt durchaus mit dem oben Ausgeführten überein.

---

[1]) Vom philosophischen Standpunkte giebt es zwischen Sein oder Nichtsein kein Drittes und ist Existenz ein absoluter Begriff. Sagt man trotzdem, daß jemand für einen anderen nicht vorhanden sei, so bedeutet dies nur, daß dieser sich um jenen nicht kümmert.

[2]) Vgl. hierzu Lotmar, Ueber causa, S. 12, 13.

[3]) Natürlich nur, sofern es sich um operae illiberales handelt; vergl. l. 1. §. 4. dig. mand. 17, 1 in fine.

[4]) Wenn daher Köppen (dogmat. Jahrb., Bd. 11, S. 219, 399 ff.) nichtig und unwirksam identificirt, so entfernt er sich von den Quellen. Seine Ansicht ist also für die Erklärung des römischen Rechts nicht verwerthbar. Vgl. hierzu Windscheid, Pand. §. 82. Anm. 2, und insbesondere Hartmann, Die Obligation, S. 166 ff. über den Satz impossibilium nulla obligatio est. (l. 185 de reg. juris.) Dieser Satz besagt nur, daß das Versprechen von etwas Unmöglichem „als solches“ nicht bindet, ist also nur ein höchst selbstverständliches Analogon eines bekannten deutschen

Rückblickend bemerken wir also:

1) Negotium bedeutet
   a) einen Geschäftsact,
   b) eine Geschäftswirkung einer gewissen Art.
2) nullus bedeutet
   a) nicht vorhanden,
   b) nichtig, d. h. ohne die solchen Wesen oder Dingen eigenthümliche Wirksamkeit.

Negotium nullum könnte also bedeuten

a) entweder einen gar nicht vorhandenen Geschäftsact. Diese Bedeutung ist nicht identisch mit derjenigen des nichtigen Geschäftes.[1]) Wo sie vorliegt, dürfen wir das nullum nicht mit „nichtig" übersetzen;
b) einen nichtigen Geschäftsact, d. h. einen sochen ohne die mit derartigen Acten gewöhnlich verbundene Wirkung;[2])
c) eine nicht vorhandene Geschäftswirkung eines zur Erzeugung eines solchen anscheinend bestimmten Actes.[3]) Diese Bedeutung bezieht sich auf dieselben Fälle, wie Nr. b, weshalb die Quellen es nicht näher bestimmen, ob da, wo von Nullität eines Geschäftes die Rede ist, an Geschäfts-

---

Sprichwortes, welches die Strafvollstreckungen der Nürnberger betrifft. Daß derartige Versprechungen unter Umständen zu etwas anderem verpflichten als zur Verwirklichung ihres Inhaltes ist in jenem Satze nicht ausgeschlossen. (Vgl. des Verf. Ausführungen in der Zeitschrift f. Handelsrecht, Band 26, S. 293.)

[1]) Wann wir sie anzunehmen haben, soll im §. 23 näher erörtert werden.

[2]) Diese trägt gewöhnlich denselben Namen, wie der Act; vergl. das im ersten Bande S. 255, Anm. 1 über conditio nulla Gesagte.

[3]) Eine vierte Combination (negotium nullum = eine nichtige Geschäftswirkung) verbietet sich, sobald man „nichtig" und „nicht vorhanden" unterscheidet, als sinnlos.

acte oder Geschäftswirkungen gedacht ist, da die Doppeldeutigkeit des Wortes nullus bei einer richtigen Combination desselben mit dem Geschäftsbegriffe in beiden Fällen einen guten Sinn ergiebt. Nur die Gefahr einer Verwechslung mit dem unter a erwähnten Begriffe liegt vor, und leider sind nur zu viele in diese Falle gegangen.[1] [2])

Ein nichtiger Vertragsschluß einer bestimmten Art, z. B. also ein nichtiger Kauf, ist hiernach eine Mehrheit gegenseitiger zusammenhängender Erklärungen, welche eine rechtliche Wirkung derselben Art nach ihrem übereinstimmenden Sinne zwar als gewollt bezeichnen, dennoch aber nicht zu erreichen im Stande sind.[3])

Man würde den Verfasser der Unvollständigkeit zeihen, wenn er an dieser Stelle der naheliegenden Frage, ob er an einen besonderen Begriff der Anfechtbarkeit neben der Nichtigkeit glaube, aus dem Wege gehen wollte.

Die Existenz eines solchen ist neuerdings vielfach bestritten worden.[4]) In dieser Behauptung liegen richtige Gedanken in

---

[1]) Vgl. hierzu §. 23.

[2]) Mit Unrecht hält Bekker (Ueber die Couponsprocesse, Weimar 1881, S. 37) die Lehre vom „unfertigen" Rechtsgeschäfte für eine Vorbedingung der Lehre von der Nichtigkeit. Bei dem ersteren Begriffe ist sowohl an Verträge, welche trotz beiderseitiger endgültiger Erklärungen noch nicht binden, z. B. eine des obervormundschaftlichen Consenses bedürftige Veräußerung, als auch an solche, welche zwar binden, jedoch zu ihrer Ausführbarkeit noch einer weiteren Bestimmung bedürfen, z. B. eine Alternativobligation vor geschehener Wahl, gedacht.

[3]) Das im Texte Gesagte lehnt sich trotz mancher Abweichungen doch in mehrfacher Hinsicht an Zitelmann's Ausführungen S. 300 an.

[4]) Namentlich von Schloßmann, Zur Lehre vom Zwange, S. 7 ff.

einer vielfach zu radikalen Gestaltung. Richtig ist zunächst allerdings, daß die Römer nicht, wie man bis vor kurzem annahm, die Begriffe einer Rescissibilität und Nullität in ihrer Rechtssprache genau geschieden haben.[1]) Daraus folgt, daß dieselben auch sachlich schwerlich in ihrer Jurisprudenz eine Rolle gespielt haben können. Wir haben es also mit einer neuen Begriffsbildung zu thun, welche zwar wahrscheinlich nur aus der irrigen Annahme einer Quellenunterscheidung erwachsen ist, nunmehr aber nicht mehr unberücksichtigt bleiben kann. Trotzdem ist es zunächst gewiß, daß die üblichen Unterscheidungen zwischen „nichtig" und „anfechtbar" zum Theile auf Formeln beruhen, welche, wenn man sie scharf in das Auge faßt, in nichts zerrinnen. So veranschaulicht man z. B. den Unterschied zwischen „nichtig" und „anfechtbar" öfters durch Benützung eines Bildes, welches in der juristischen Dogmatik eine größere Rolle spielt, als es im Interesse ihrer Verständlichkeit erwünscht ist.[2]) Man behauptet, daß die nichtigen Geschäfte an einem inneren, die anfechtbaren an einem äußeren Mangel leiden.[3]) Allein völlig offen bleibt hier die Frage nach dem tertium comparationis, welches uns be-

---

Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876). Vgl. dagegen unter anderen auch Bülow im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 62, S. 76, 77, Anm. 62. Vergl. auch die sehr beachtenswerthen Ausführungen von Thon, Rechtsnorm u. subj. R., S. 263 ff.

[1]) Vergl. die Beweisstellen bei Schloßmann, Lehre vom Zwange, S. 23, Anm. 30. Zustimmend Windscheid, Pand., §. 82, Anm. 2 a. E.

[2]) Bilder sind nur so weit zulässig, als sie aufklären und nicht verdunkeln.

[3]) Vgl. z. B. Windscheid, §. 82, Anm. 3. Wie der Verfasser über diejenige Theorie denkt, nach welcher die längere Dauer eines Anspruches ihn bald von innen heraus (sog. gesetzliche Befristung), bald von außen her (Verjährung) zerstören soll, wird der Leser wohl mit leichter Mühe aus dem Texte entnehmen können.

rechtigt, die Vorstellungen einer Innen- und Außenseite von den räumlichen Körpern bildlich auf die Rechtsgeschäfte zu übertragen. Bei den dinglichen Rechten weiß man sehr wohl, was mit der sog. „Innen-" und „Außenseite" gemeint ist, bei Forderungen und Rechtsgeschäften bekennt der Verfasser — von besonderen, unten zu erwähnenden Fällen abgesehen —, es schlechterdings nicht zu begreifen.[1])

Nicht minder gefährlich und sehr viel verbreiteter als das hier angefochtene Bild ist die mehr philosophisch angehauchte allgemeine Behauptung,[2]) daß das nichtige Geschäft „an sich" unwirksam, das anfechtbare „an sich" gültig sei. Die Wendung „an sich" erweist sich auch hier wieder durch ihre Vieldeutigkeit als ein Hemmniß gegenseitiger Verständigung.[3]) Wenn man einem Dinge eine Eigenschaft als ihm „an sich" zukommend beilegt, so will man damit sagen, daß sie als demselben zukommend erscheint, sobald man sie für sich allein, abgesehen von einem anderen, betrachtet. Welches dieses andere aber ist, von dem abgesehen wird, bleibt gewöhnlich dahingestellt, und nun ist dem Mißverständnisse Thür und Thor geöffnet.[4]) So kann man

---

[1]) Völlig unfaßlich ist es ihm, warum z. B. die Einrede des Zwanges von außen und diejenige sinnloser Trunkenheit von innen her ein Geschäft zerstören soll. Sollte dem wirklich ein Gedanke zu Grunde liegen, so erklärt sich der Verfasser gern bereit, nach dessen Klarstellung das im Texte Gesagte zu widerrufen. Er hat sich selbst in der Praxis lange redlich, aber vergeblich abgemüht, bei den einzelnen Rechtsgeschäften durch dialektisches Hin- und Herwenden die Innen- und die Außenseite zu entdecken, und so lange an seinem juristischen Scharfblicke in dieser Hinsicht gezweifelt, bis er sich dazu aufraffte, seinen Zweifel an eine andere Adresse zu richten.

[2]) Vgl. statt vieler Windscheid, Pandekten, §. 70.

[3]) S. oben Band 1, S. 121, Anm. 1.

[4]) Dasjenige, wovon bei der Wendung „an sich" nur allzu oft abgesehen ist, ist die Rücksicht auf die Richtigkeit dessen, was man sagen will

in dem Satze, daß nichtige Geschäfte an sich ungültig sind, eine doppelte Behauptung finden: daß sie es abgesehen von den Vorschriften des objectiven Rechtes sind und daß sie es abgesehen von der Möglichkeit ihrer einrede- oder klageweisen Entkräftung sind. Betrachten wir zunächst die erstere Behauptung. Um niemandem zu nahe zu treten, möchte der Verfasser sogleich versichern, daß er nicht glaubt, es könne alles Ernstes jemand an eine Existenz von Thatbeständen, welche man ohne Rücksicht auf ein bestimmtes concretes Rechtssystem nichtig oder gültig nennen könnte, glauben. So viel steht aber fest, daß einige Neuere sich so ausdrücken, als sei dies der Fall, und daß, wie der Verfasser als akademischer Lehrer bezeugen kann, namentlich juristische Anfänger durch diese unvorsichtige Ausdrucksweise zu höchst confusen Ideeen hingedrängt zu werden pflegen. In jener sonderbaren Ansicht liegt ein Nachklang der naturrechtlichen Ideeenwelt, der Gedanke, daß es ein außerhalb der Geschichte liegendes Recht gebe und daß daher die Thatsachen des wirklichen Lebens auch ohne Rücksicht auf das für sie maßgebende objective Recht gewissen Rechtsgrundsätzen unterstehen, welche man auch ohne Kenntniß ihrer Quellen aus einer Beobachtung der Thatsachen — wenigstens zum Theile — abstrahiren könne.[1]) Allein ein formloser Vertrag über zweihundert Mark ist in Göttingen wirksam, in Berlin nichtig; dieselben Thatsachen wirken also nach verschiedenen objectiven Rechten verschieden. Eine Rechtswirkung ist z. B. die Erzeugung eines Rechts; ein Recht ist aber eine durch das objective Recht gewährte Befugniß, die Wirksamkeit einer rechtserzeugenden Thatsache hängt hiernach vom objec-

[1]) Dabei mag vielleicht die ganz richtige Idee, daß die realen Lebensbedürfnisse das Hauptauslegungsmittel der Vorschriften, welche auf ihre Befriedigung hinzielen, allerdings sein müssen, mit im Spiele sein. Dies ist aber etwas ganz anderes.

tiven Recht ab.[1]) Abstrahirt man von jedem objectiven Rechte, so ist jede Thatsache rechtlich wirkungslos. Ueberhaupt ist dasjenige, was man Ursache eines Rechtserfolges nennt, nichts als die Verwirklichung einer Vorbedingung, unter welcher ein objectiver Rechtssatz einen Rechtserfolg versprochen hat;[2]) daher man denn auch in diesem Sinne von negativen Ursachen rechtlicher Wirkungen sprechen kann und muß.[3]) Giebt also das Gesetz in einem bestimmten Falle dem einen die Möglichkeit, aus einer Obligation zu klagen, dem anderen die Möglichkeit, die Klage durch Einrede abzuwehren, so ist nur ein Doppeltes denkbar. Man könnte vielleicht in allen diesen Fällen die bloße Klagemöglichkeit ein Recht nennen und ihr die Einredemöglichkeit als Gegenrecht entgegenstellen. Dies thut aber niemand, denn niemand behauptet z. B., daß der Gläubiger einer bezahlten Forderung eine Forderung, der Schuldner aber blos ein Gegenrecht, sich auf die Zah-

---

[1]) In der Bemerkung von Bruns, Pandektenfragmente, S. 456: „Das rechtlich nichtige Geschäft hat trotz der faktischen Existenz rechtlich keine Existenz und darum keine rechtliche Wirkung" erscheint dasjenige, was Grund ist, als Folge, und umgekehrt. Aehnlich wie Bruns schon Unger, System, II., §. 91, 4. Aufl., S. 145. Zustimmend Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 117.

[2]) Ueber das Verhältniß der Begriffe: „Ursache und Bedingung" vgl. Lammasch in Grünhut's Zeitschrift, Band 9, S. 221 ff. Sie lassen sich durch einfache Beobachtung nicht unterscheiden.

[3]) Vergl. oben Band 1, S. 88, Anm. Das Gesetz sagt: „Wenn jemand einem andern Geld giebt und dieser eine Rückgabe der gleichen Summe verspricht, so gebe ich dem ersteren eine Forderung." A. giebt dem B. Geld und läßt sich die Rückgabe versprechen. Sein Verhalten erfüllt also die Vorbedingung des gesetzlichen Versprechens und erzeugt somit die Forderung. Das Gesetz wird in solchem Falle durch das Eintreten jener Bedingung wirksam (man denke an das edictum commissum des Notherbrechtes), wie etwa eine Conventionalstrafe durch Erfüllung ihrer Vorbedingung wirksam wird (stipulatio committitur).

lung zu berufen, habe, vielmehr streitet man solchen scheinbaren Rechten überhaupt den Namen eines Rechtes ab. Dann muß man aber auch, um consequent zu sein, durchweg im Falle einer durch nichts anderes als die Aussicht auf die Geltendmachung einer Einrede ausgeschlossenen Klagemöglichkeit die Existenz eines Anspruches bestreiten, dann also auch z. B. das erzwungene Schuldversprechen oder dasjenige wider das Vellejanum u. dergl. mehr für nichtig und die bei den genannten Beispielen in den Quellen gemachten Unterschiede von anderen Fällen für rein historische halten. Tertium non datur. Niemals aber darf man behaupten, ein erzwungenes Schuldversprechen unterliege zwar der Einrede des Zwanges, sei aber doch „der Idee nach" wirksam, ein in der sinnlosen Trunkenheit ausgestelltes dagegen unterliege der Einrede der Bewußtlosigkeit und gelte auch „der Idee nach" nicht. Was man hier mit dem Namen einer Idee beehrt, ist, mit Verlaub zu sagen, eine nichtssagende Phrase, welche nebenbei höchst gefährlich ist.[1]) Es ist ein Wort, das sich in den vorigen Jahrhunderten einstellen mußte, da die Begriffe, welche für das Verständniß des corpus juris civilis eine unerläßliche Vorbedingung sind, fehlten und fehlen mußten. Als nämlich der Gajus noch nicht gefunden war, mußten die Wörtchen ipso jure völlig räthselhaft sein. Daß sie im klassischen Rechte soviel wie „ohne Thätigkeit des Prätors",

---

[1]) Der Jünger des Rechtes, welchem die herrschende Meinung die Lehren einprägt, daß der Kläger die „an sich" wirksamen Entstehungs-Ursachen der Forderung beweisen müsse und daß ein in sinnloser Trunkenheit abgeschlossenes Versprechen die Existenz der bezweckten Rechtswirkung zu erzeugen — „an sich" unfähig sei, wird, falls solch eine Einrede erhoben wird, consequenter Weise dem Kläger den Beweis der Nüchternheit auflegen, sofern nicht sein Verstand größer ist als seine Anhänglichkeit an die herrschenden Lehren. So muß das theoretisch Nichtssagende fortzeugend den praktischen Mißgriff gebären. Vgl. überhaupt zu dem in dem Texte Gesagten Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, S. 277 ff.

im justinianischen Recht „so, daß man sich nicht blos in dem Termine darauf berufen darf", bedeuteten, ist ja erst neuerdings von Eisele auf das Glänzendste erwiesen worden.[1]) Da man nun annahm, daß ein Begriff bei jenen Worten sein müsse, so stellte sich das Wort „an und für sich ungültig" zur rechten Zeit ein. Man pflegte ja vor Kant da, wo die Beobachtungen nicht ausreichten, sie durch subjective Zuthaten zu ergänzen, und ersetzte auch hier die fehlende aufklärende Rechtsquelle durch eine philosophische Wendung, welche durch ihre völlige Undenkbarkeit geeignet war, alle weiteren Debatten der Zweifler von vorn herein abzuschneiden.[2])

Obwohl hiernach die Formel, daß es an sich existente, aber durch Einrede entkräftbare Ansprüche gebe, der Logik widerspricht und so gewiß es ist, daß die übliche Uebersetzung von ipso jure aus dem Mangel aufklärender Quellen und aus scholastischen Mißgriffen herrührt, so ist es doch nicht blos die Macht der Gewohnheit, welche dem durch Eisele angebahnten Fortschritte der Wissenschaft mit einem gewissen Mißtrauen entgegentritt.[3])

Zunächst läßt sich nicht läugnen, daß sich mit dem ipso jure

---

[1]) Vgl. Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio, Berlin 1877. Zur Lehre von der Compensation, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 55, S. 167 ff.

[2]) „Denn ein vollkommener Widerspruch bleibt gleich geheimnißvoll für Weise wie für Thoren." Es scheint überhaupt, nach dem Faust zu schließen, als ob Goethe die juristischen Collegien seiner Zeit nicht so unaufmerksam gehört hat, wie man gewöhnlich annimmt.

[3]) Vgl. namentlich Windscheid, Pandekten, §. 82, Anm. 3, und dagegen für Eisele Zimmermann in seinen kritischen Bemerkungen zu Eisele, Ueber die materielle Grundlage der exceptio, und auch schon vor Eisele Brinz' Pand., S. 1631, und bereits Albrecht, Die Exceptionen im gem. teutschen Civilproceß, München 1835, S. 185 ff. Dagegen Savigny, System, Bd. V, §. 226.

eine materielle Bedeutung verbunden hatte, ja geradezu eine Consequenz seiner formalen Eigenthümlichkeit war. Wer ipso jure von einer Schuld befreit war, der war in der Lage, sich ohne weitere Vorbedingung vor dem Richter darauf berufen zu können, und diese unbedingte Befreiung nannte man eben eine ipso jure, ohne weiteres, wirkende. Wer dagegen ope exceptionis frei war, wußte nicht, ob nicht vielleicht der souveräne Prätor oder sein Amtsnachfolger ihm die Einrückung der exceptio verweigern werde, er war also vorläufig noch nicht frei. Seit dem Wegfalle des Formularprocesses war von dem souveränen Belieben des Prätors[1]) keine Rede mehr, allein auch jetzt ist die Befreiung des nur ope exceptionis geschützten Schuldners eine bedingte, wenn auch eine potestativbedingte, nicht etwa dadurch, daß er die thatsächlichen Grundlagen der exceptio anführte — das mußte er natürlich auch bei den ipso jure wirkenden Einreden thun —, sondern dadurch, daß er einen Antrag auf Berücksichtigung der exceptio stellte, also nicht blos eine thatsächliche Anführung und den allgemeinen Antrag auf Klageabweisung geltend machte, sondern noch einen besonderen Willensact vornahm; darum sagte man auch noch im Byzantinischen Rechte, er sei blos bedingt, von dem ipso jure Geschützten, er sei unbedingt frei geworden.[2])

---

[1]) Schon vorher war es durch die Macht des Kaisers de facto gebrochen.

[2]) Auch das berüchtigte ipso jure compensari, das „große Räthsel der Compensationslehre", (Windscheid) versteht der Verfasser ganz wörtlich dahin, daß das Nebeneinanderstehen der Forderungen sie sogleich tilgt. Jedenfalls ist die Compensationseinrede insofern eine Einrede ganz besonderer Art, als ihr Verlust nicht blos ein mangelhaftes Recht des Klägers heilt, sondern geradezu bewirkt, daß ein Vermögensstück des Verklagten sich als umsonst vernichtet darstellt, der Kläger also, da Schenkungen nicht vermuthet werden, als grundlos bereichert erscheint. Ist daher eine Zahlung und Verurtheilung, welche durch Compensation abwendbar war, er-

Durch die Möglichkeit einer Geltendmachung der exceptio doli generalis dadurch, daß diese bei den actiones bonae fidei selbstverständlich war, dadurch ferner, daß durch die Abschwächung der Stipulationsformen der Unterschied zwischen den strikten Formalcontracten der Stipulation und den bonae-fidei-Geschäften sich verwischen und schließlich vertilgen mußte, mußte die Nothwendig-

---

folgt, so kann der Compensationsberechtigte condiciren (l. 30. dig. de cond. 12, 6) und nur deshalb auch noch mit der alten Formel klagen, weil bonae fidei actiones nicht erlöschen, so lange noch an Stelle des alten Thatbestandes eine ungerechtfertigte Bereicherung geltend gemacht werden kann. (Vergl. Windscheid, Pand., §. 424, Anm. 1. l. 9. §. 1. dig. de cond. ob turpem causam 12, 5. l. 5. dig. de tutelae act. 27, 3 u. a. m.) — Beiläufig bemerkt der Verf., daß er nicht glaubt, daß die praktisch höchst bedenkliche Compensation ex dispari causa (eine solche ist freilich mehrfach z. B. in l. 11, 12. dig de compens. 16, 2 anerkannt) von Marc Aurel eingeführt worden ist. Bei Gajus (IV. 61 ff.) erscheint die Compensation als nur bei Gegenforderungen ex eadem causa möglich, das heißt also nach dem in Bd. 1, §. 12 Ausgeführten nur bei Ansprüchen aus der der Hauptforderung vorangegangenen Abrede über das Aequivalent für ihren Gegenstand. Das soll sich nun dadurch geändert haben, daß Marc Aurel eine Gegenforderung bei Stipulationen zugelassen habe (§. 30 inst. de act. 4, 6), da es ja bei Stipulationen ex eadem causa keine Gegenforderungen gebe. Wer sieht hier nicht, daß hier die sogenannte causa civilis, d. i. der Schuldgrund oder das Versprechen, mit der causa dieses Versprechens, d. h. der Abrede über das Aequivalent seines Inhaltes, verwechselt ist? Eine solche liegt auch bei Stipulationen vor; die Parteien einigen sich immer vorher darüber, ob der Stipulationsgegenstand geschenkt sei, oder z. B. ein Kaufsumme darstellen soll. Ist das letztere der Fall und wird gegen die Stipulation mit einem Schadenersatzanspruche wegen verspäteter Lieferung (actio empti) compensirt, so ist dies ex eadem causa geschehen. Die Compensationen ex pari causa sind aber auch bei den Compensationen gegen die actio in rem denkbar. Man nehme z. B. an, daß A dem B eine Sache gegen Creditirung des Preises verkauft, durch constitutum possessorium tradirt und demnächst doloser Weise dem C übergeben hat; hier haftet er als fingirter Besitzer, kann aber mit der Kaufforderung ex eadem causa compensiren.

keit, ſich ſchon im erſten Termine auf die exceptiones zu berufen, in Wegfall kommen. Damit iſt freilich nicht geſagt, daß mit dieſem proceſſualen Unterſchiede auch der materielle Grundſatz: „exceptiones ſind nur auf beſonderen Wunſch zu berückſichtigen, ipso jure wirkende Einreden aber ſchon bei bloßer thatſächlicher Anführung[1]) und Antrag auf Klageabweiſung“ nothwendiger Weiſe in Wegfall gekommen ſein muß. Es muß nun zunächſt den Anhängern der Theorie Eiſele's unbedingt zugegeben werden, daß dieſer Grundſatz bei einer ganzen Reihe von exceptiones von der Praxis nicht mehr beobachtet wird. Es ſind dies diejenigen, bei denen die Praxis es inſtinctiv fühlt, daß er heutzutage nicht mehr paßt, und bei denen auch die Wiſſenſchaft nunmehr beweiſen kann, daß die Praxis „in ihrem dunkeln Drange“ ſich des richtigen Weges wohl bewußt war. Nicht alle exceptiones wurden blos darum von den ipso jure wirkenden Thatſachen geſchieden, weil es dem Prätor an formeller Geſetzgebungsmacht fehlte, oder weil es dem Civilrechte (z. B. der lex Cincia, dem S. C. Vellejanum u. ſ. w.) paſſend erſchien, ihrer Erhebung vor dem judex eine Vorprüfung in jure vorhergehen zu laſſen, ſondern einige unter den exceptiones würde der römiſche Prätor ſelbſt dann von den ipso-jure-wirkenden Thatſachen haben unterſchieden wiſſen wollen, wenn damals unſer heutiges Verfahren gegolten hätte, weil beſondere noch heute wirkſame legislatoriſche Gründe für ihre Unterſcheidung ſprachen. Andere exceptiones aber ſind in der That derartige, daß wir mit größeſter Beſtimmtheit ſagen können, es habe keinen Sinn mehr, ſie von den ipso jure wirkenden Einreden zu unterſcheiden und zu verlangen, daß der Verklagte nicht blos ihre

[1]) Sind ſie vom Kläger ſelbſt unvorſichtiger Weiſe angeführt, ſo müſſen ſie zweifellos die Klage entkräften, während dies eben bei den exceptiones, namentlich der Verjährungseinrede, bekanntlich ſtreitig iſt.

thatsächlichen Voraussetzungen geltend mache und die Klageabweisung beantrage, sondern um ihre Berücksichtigung noch besonders bitte.[1]) Es gilt dies von allen denjenigen Einreden, von denen es selbstverständlich ist, daß der Verklagte ihre Berücksichtigung wünscht, sobald er dem Klageantrage überhaupt nur widerspricht. So hat es in der That heutzutage nicht mehr den geringsten Sinn, von dem Verklagten zu verlangen, daß neben dem Antrage auf Klageabweisung und neben der von ihm, oder vielleicht auch unvorsichtigerweise vom Kläger selbst, mitgetheilten Thatsache einer bei der Obligationsbegründung Statt gehabten Expressung der Verklagte auch noch besonders darum bitten soll, auf diese Thatsache Gewicht zu legen. Das Gleiche muß auch gelten von der exceptio pacti de non petendo,[2]) der exceptio S. C. Vellejani u. a. Wenn diese nur ope exceptionis wirkten, so ist dies eine historische Zufälligkeit, die heutzutage gleichgültig ist.

Anders verhält es sich jedoch mit solchen Einreden, welche den Charakter einer besonderen Rechtswohlthat an sich tragen, den beneficia juris, z. B. excussionis und divisionis. Von diesen heißt es „non obtruduntur“. Sie gelten nicht schon, wenn ihre thatsächlichen Voraussetzungen vom Kläger oder vom Verklagten angeführt sind, der Verklagte muß außerdem noch hervorheben, daß er auf diese Thatsachen Gewicht gelegt zu sehen wünsche.

Das Gleiche muß von solchen Einreden gelten, welche den

---

[1]) Namentlich im Amtsgerichtsprocesse, in dem die rechtsunkundigen Parteien diese besondere Bitte stets versäumen würden, müßte dies zu den größesten Unzuträglichkeiten führen.

[2]) Auch die Einrede des Zeitablaufs der befristeten Obligation war eine solche; sie war ipso jure nicht möglich, weil die Resolutivbedingung ein besonderer Nebenvertrag ist und das Civilrecht für einen solchen keine Form hatte (vgl. oben Bd. 1, S. 257, Anm. 1).

Verklagten nicht schlechthin befreien, sondern ihm ein materielles oder ethisches Opfer zumuthen. So z. B. von der Einrede der Redhibition. Hier opfert der Verklagte Rechte auf, indem er einen Anspruch abwehrt.[1]) Aehnlich verhält es sich mit dem einredeweisen Widerrufe einer Schenkung wegen Undankbarkeit, welcher den Schein der Gehässigkeit nach sich zieht und keinem aufgedrängt werden kann. Auch die Einrede der Verjährung kann, wenn sie in unglaubwürdiger Weise vorgebracht ist, einem Geschäftsmanne theuer zu stehen kommen. Nach dem vermuthlichen Willen des Gesetzes sind also die solchen Einreden ausgesetzten Geschäfte nur für den Fall einer anfechtenden Willensäußerung ungültig,[2]) oder richtiger sie sind gültig, können aber durch den Willensact eines Betheiligten vernichtet werden.[3])

Wir gewinnen hieraus das Resultat, daß bei Forderungen, welche seitens des Schuldners durch eine einfache Einrede abgewehrt werden können, von einem Unterschiede zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur da nicht mehr die Rede sein kann, wo,

---

[1]) Mit Recht rechnet daher Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechtes, §. 71, diese Fälle zur Anfechtbarkeit.

[2]) Hier hat es allenfalls einen Sinn, von einer „an sich" d. h. bedingt gültigen Forderung zu reden, passend ist aber der Ausdruck auch hier nicht; denn die bedingte Ungültigkeit des Geschäftes steht auch hier von Anfang an fest, mag man es „an sich" oder im Zusammenhange mit anderen betrachten.

[3]) Man könnte einwenden, daß nach dem oben Bd. I. §. 8 Ausgeführten ja auch die wegen Dissenses nichtigen Geschäfte es nur dann sind, wenn der an der Nichtigkeit Interessirte es will. Allein der Unterschied liegt darin, daß er weder nach römischem Rechte, noch nach heutigem besonders darum bitten muß, auf den nachgewiesenen Dissens Gewicht zu legen, und wo auch ohnedies, wenn auch blos von einer Seite, das Geschäft als wirkungslos vor dem Richter geltend gemacht werden konnte, da sprechen oben die Quellen von Nullität.

wie z. B. bei dem Zwange, die quellenmäßige Unterscheidung zwischen der Wirksamkeit ipso jure und ope exceptionis auf keinem anderen Grunde beruhte als auf dem Rechtsdualismus zwischen civilem und prätorischem Rechte oder auf der Trennung des Verfahrens in jure von demjenigen in judicio, zwei für das heutige Rechtsleben gleichgültig gewordenen historischen Erscheinungen.

Es hieße aber das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn man nicht zugeben wollte, daß es sowohl hier, als auch sonst dennoch verschiedene Arten von Ungültigkeit giebt, bald eine stärkere, bald eine schwächere, und daß man überall, wo man eine wirksamere Ungültigkeit einer minder wirksamen entgegensetzen will, die letztere nach festem Sprachgebrauche als „Anfechtbarkeit" der ersteren als der „Nichtigkeit" entgegenzustellen befugt ist. Dieser Begriff der „Anfechtbarkeit" als der „minder wirksamen Ungültigkeit" ist jedoch kein einfacher, dessen einzelne Fälle lauter gemeinsame gleichartige Merkmale haben, sondern das ihnen Gemeinsame, die Minderwirksamkeit, tritt bei den einzelnen Fällen in verschiedener Hinsicht auf. Mit einem Worte: der Ausdruck „Anfechtbarkeit" bezeichnet einen Collectivbegriff von mehreren unter einander nach Inhalt und Umfang verschiedenen Begriffen, welche wir unterscheiden müssen, um jenes Wort ganz zu verstehen.

1. Bisweilen bezeichnet man grundsätzlich alle diejenigen Geschäfte als anfechtbar, welche nach Inhalt der Quellen nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis ungültig oder aufgehoben sind. Dieser Sprachgebrauch ist natürlich um seiner großen Bequemlichkeit willen der verbreitetste. Er hält sich vor allem an das Geschriebene und kümmert sich nicht weiter darum, ob die so gewonnene Unterscheidung heutzutage noch einen Sinn hat oder nicht. Leider gestattet uns aber die theoretische Gewissenhaftigkeit

nicht, uns beruhigt auf dieſes Faulbett zu legen, mag es immerhin durch die Lehre von der „Exiſtenz an ſich“ mit dem Scheine der Tiefſinnigkeit verziert ſein.

2. Bei einigen Schriftſtellern bedeutet Anfechtbarkeit insbeſondere diejenige Ungültigkeit eines Geſchäftes, welche nicht durch die Parteien ſelbſt, ſondern nur durch den Willensact eines Dritten bedeutſam werden kann.[1]) So z. B. hängt der Beſtand einer alienatio in fraudem creditorum von dem Willen der Gläubiger, derjenige einer conſensloſen Ehe da, wo der deficiens consensus ein impedimentum dirimens iſt, von dem Willen des Conſensberechtigten ab. Hier hat es freilich ausnahmsweiſe einen Sinn, von einer „von außen“ her eintretenden Ungültigkeit zu reden.

3. Bisweilen bedeutet Anfechtbarkeit diejenige Ungültigkeit, welche ſpäter heilbar iſt, Nichtigkeit die unheilbare Ungültigkeit.[2]) Der Begriff dieſer nachträglichen Wirkſamkeit (convalescere) iſt ohne eine Unterſcheidung von Geſchäftsact und Geſchäftswirkung nicht verſtändlich. Ein wirkungsloſer Geſchäftsact (mag er es nun ipso jure oder ope exceptionis ſein), kann auch ſpäter zu einem für ſich allein wirkſamen durch keine Macht der Welt werden, er iſt unwirkſam und bleibt es.[3]) Dagegen kann das Recht ſehr wohl beſtimmen, daß, inſoweit dadurch nicht berechtigte Erwar-

---

[1]) Vgl. z. B. Dernburg, Lehrbuch, §. 71.

[2]) Auch hier deckt ſich der Begriff der Nullität im Sinne der Quellen nicht mit demjenigen der Nichtigkeit; denn auch negotia nulla können geheilt werden; arg. c. 25. Cod. de don. i. v. et u. 5, 16. Vgl. überhaupt Windſcheid, Pand., §. 83, Nr. 2.

[3]) Vgl. Averanus, interpretat. juris. Lugduni. 1753, lib. 1. cap. 10 n. 7: Aeger potest convalescere, mortuus potest reviviscere, sed qui nunquam natus est, neque convalescere potest, neque reviviscere. Vgl. l. 29. dig. de regulis juris 50, 17. Man darf hieraus aber keine praktiſchen, ſondern lediglich dogmatiſche Folgerungen ziehen.

tungen enttäuscht werden, eine spätere zu dem unwirksamen Geschäfte hinzutretende Thatsache nunmehr diejenige Wirkung hervorrufen soll, welche vorhanden sein würde, wenn das Geschäft von Anfang an gültig gewesen wäre. Um diese Wirkung abzumessen, muß man sich ein Bild davon machen, welcher Sachverhalt wohl vorliegen würde, wenn das Geschäft gültig gewesen wäre,[1]) also eine Rückbeziehung vornehmen. Man spricht in solchen Fällen in einer bildlichen,[2]) aber durchaus verständlichen Ausdrucksweise von einer Rückwirkung[3]) oder auch davon, daß der alte Geschäftsact nunmehr nachträglich von Anfang an gültig geworden sei, während man, strenge genommen, sagen müßte, es werde alles von jetzt ab so gehalten, als ob er es schon früher gewesen wäre.

Solchen Heilungen nichtiger Acte ist das alte Civilrecht feindlich gesinnt; sie sind nur vorbehaltlich der Interessen Dritter möglich, und da das alte Bauernrecht eine derartige subtile Ausnahme nicht durchzuführen in der Lage war, so verbot es nachträgliche Convalescenzen gänzlich. So erklärt sich die regula Catoniana,[4]) die Unheilbarkeit der nichtigen Erbeseinsetzungen, die Unheilbarkeit der Traditionen, welche von Nichteigenthümern vorgenommen sind, die Unmöglichkeit, eine acceptilatio rückgängig zu machen, welche letztere freilich sich nicht auf nichtige, sondern auf aufgehobene Forderungen bezieht, u. dergl. mehr. Das prä-

---

[1]) D. i. eine Fiction (siehe Bd. I, §. 11).

[2]) Im strenge philosophischen Sinne muß die Wirkung der Ursache ausnahmslos nachfolgen.

[3]) Enttäuschende Rückwirkungen verbieten sich zwar nicht aus logischen, wohl aber aus ethischen Gründen. Aus dem Ausschlusse der Rückwirkung erklärt sich auch das bekannte Edict (l. 1. dig. de Publiciana in rem actione 6, 2): Si quis id quod traditur (was von jetzt ab trabirt wird) ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo, welches somit keiner Emendation bedarf!

[4]) arg. l. 201, 210. dig. de regulis juris. 50, 17.

torische und sonstige neuere Recht der Handelsstadt Rom, welches über einen viel höheren Grad richterlicher Intelligenz zu verfügen in der Lage war, verfügte über diesen Punkt ganz anders. In ihm finden wir Heilbarkeit der Incapacität, exceptio rei venditae et traditae, directe Convalescenz des prätorischen Pfandrechts, Heilbarkeit der Inofficiosität des Testamentes, Aufhebbarkeit des pactum de non petendo durch das pactum de petendo und endlich als Krone dieser neueren Rechtsentwickelung die const. 25. Cod. de don. inter vir. et ux. 5, 16.

Dieser hier geschilderte grundsätzliche Gegensatz zwischen altem und neuem Recht ist noch immer nicht ausgeglichen.[1])

4. Eine ganz besondere Bedeutung gewinnt das Wort Anfechtbarkeit bei solchen Geschäften, bei welchen nicht blos zwei Contrahenten, sondern mehrere vorhanden sind, z. B. bei den Correalobligationen, bei dem Versprechen der Bürgen, welche neben den Hauptschuldnern stehen, ferner bei solchen Geschäften, welche, wie Traditionen, auch Dritte verpflichten, oder, wie die Testamente, ganze Gruppen von Personen theils zu deren Nachtheile, theils zu deren Vortheile interessiren. Hier ist es möglich, daß die beabsichtigte Wirkung des Geschäftes nur zwischen gewissen Personen vorliegt, während unter anderen das Geschäft ungültig ist, also der gewünschten Wirkung entbehrt.[2]) Auch in

---

[1]) Das Deutsche Civilgesetzbuch wird hoffentlich in ähnlicher Weise wie das preußische Landrecht die Ausgleichung im Sinne des neueren römischen Rechtes durchführen.

[2]) Eine solche Zersplitterung des Schutzes eines dinglichen Rechtes kommt auch bei dem Satze res judicata jus facit inter partes vor. — Bei Testamenten kann man eine activ-relative Ungültigkeit (d. h. nur zu Gunsten der klagenden Notherben, nicht sonstiger Intestaterben) unterscheiden. Das Angemessenste ist, um nicht dritte Unschuldige leiden zu lassen, eine möglichst relative Unwirksamkeit pflichtwidriger Testamente mit möglichst geringer Rückwirkung gegen Dritte.

solchem Falle sprechen wir von Anfechtbarkeit als einer relativen Ungültigkeit.[1]) Manche reden hier, bisweilen auch bei der unter 3 angeführten heilbaren Ungültigkeit, von relativer Nullität, anderen gefällt dieser Ausdruck nicht.[2]) Es handelt sich dabei in der That um einen bloßen Wortstreit.[3])

In einem ganz besonderen Sinne muß man von einer relativen Ungültigkeit dann reden, wenn nur der eine von zwei Contrahenten sich auf den Mangel des Geschäftes berufen kann, wie dies ja im ersten Bande, §. 8, für den Fall des Dissensus behauptet worden ist. Manche nehmen hieran Anstoß.[4]) Sie führen eine Reihe von Quellenstellen auf, in denen eine absolute Ungültigkeit und zugleich Nullität vorliegt, und ziehen hieraus den Fehlschluß, daß demnach überall, wo eine Nullität vorliege, auch eine absolute Ungültigkeit vorhanden sein müsse. Es ist dies wieder ein Beispiel der unverantwortlichen Weise, mit welcher das Hülfsmittel der Analogie mißbraucht zu werden pflegt. Nicht jede Aehnlichkeit zweier Dinge berechtigt uns, sie in allen Hinsichten gleichzustellen. In der Jurisprudenz ist uns nun die Analogie schlechterdings nur in his, quae tendunt ad eandem utilitatem[5]) erlaubt, d. h. da, wo die Anwendung der Analogie

[1]) Warum ließen die Römer eine Tradition auf Grund eines furtum gar nicht gelten, eine solche auf Grund eines dolus nur relativ ungültig sein? (Vgl. hierzu Dernburg, Lehrbuch des preuß. Rechtes, §. 71, 110.) Weil der dolus ein blos prätorisches Delict ist, das prätorische Recht aber im Interesse unschuldiger Dritter möglichst die blos relativen Unwirksamkeiten begünstigt; man denke an die Pauliana und die b. p. contra tabulas, auch an die im prätorischen Geiste geschaffene querela inofficiosi testamenti. Das prätorische Recht entspricht auch hier dem entwickelteren Rechtsleben.

[2]) Brandis, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, Bd. 7, S. 121 ff. Dieser zieht hier den Ausdruck „theilweise Nichtigkeit" vor. a. a. O. S. 135.

[3]) Aehnlich mit Recht Schloßmann, Lehre vom Zwange, S. 9.

[4]) z. B. Brandis a. a. O.

[5]) arg. l. 13. dig. de legibus I. 3.

unzweckmäßige Resultate ergiebt, ist sie strenge verboten.[1]) Wenn manche behaupten, der Begriff der Nullität sei mit demjenigen der absoluten Unwirksamkeit identisch, so ist dieses nur eine aus den Quellen nicht bewiesene reine petitio principii, welche dadurch, daß ihre praktischen Ergebnisse außerdem noch unvernünftig sind, sicherlich nicht an Werth gewinnt.

5. Schon oben wurde als beachtenswerth hervorgehoben die Unterscheidung zwischen Geschäften, deren Mangel von dem Richter auch ohne besondere Parteibitte bei einem bloßen Widerspruche gegen den Klageantrag zu berücksichtigen ist, und denjenigen, bei welchen nur durch einen Willensact der gleiche Erfolg erreichbar ist; letztere heißen anfechtbar in einem besonderen Sinne.[2])

6. Nicht zu verwechseln mit dieser Anfechtbarkeit durch einen der Klage entgegenstellbaren Willensact ist diejenige Anfechtbarkeit, welche bedingt ist durch die Erzielung eines besonderen in einem besonderen Verfahren zu erlangenden Decrets oder Urtels. Hier bedeutet Anfechtbarkeit: die durch Erzielung eines Anullationsdecrets bedingte Ungültigkeit. So konnte man sich nicht auf die Inofficiosität eines Testamentes berufen, wenn das Centumviralgericht sie nicht vorher ausgesprochen hatte. Dasselbe gilt heutzutage auch noch von der nichtigen Ehe und vom nichtigen Processe.[3]) Ein Analogon dieser Anfechtbarkeit, welches mit Unrecht noch für praktisch geltend angesehen wird, waren die

---

[1]) Die Behauptung mancher, daß sie sich trotz der pacta claudicantia eine Ungültigkeit, welche nur für den einen Contrahenten in Betracht kommt, nicht denken können, kann besten Falles nur als ein geistiges testimonium paupertatis in Betracht kommen.

[2]) Das dürfte im Wesentlichen der Sprachgebrauch Dernburg's, Lehrbuch, §. 71, sein.

[3]) Vgl. Bülow, Archiv für civil. Praxis, Bd. 62, S. 77, Anm. 62.

auf Acceptilationen gerichteten Stipulationscondictionen.[1]) Wer sich ex stipulatu ohne clausula doli verpflichtet hatte, konnte sich nicht auf die Einreden des prätorischen und des neueren Rechtes berufen, nur auf diejenigen des alten jus strictum. War er daher nur ex fide bona frei geworden, so mußte er, falls er verklagt wurde, dennoch zahlen. Um dem vorzubeugen, war es für ihn von pecuniärer Bedeutung, die in dieser Situation liegende unbillige Bereicherung des Gläubigers condictionsweise zu vernichten, indem er eine Acceptilation erzwang und sich somit eine ipso jure tilgende Einredethatsache verschaffte.[2]) Diese Condictionen gingen also auf mehr als eine bloße Anerkennung und haben daher mit unserer heutigen Klage nach §. 231 der Reichscivilproceßordnung auf Anerkennung der Tilgung einer Forderung nichts gemeinsam.

7. Endlich pflegt man in einem besonderen Sinne die durch ein impedimentum publicum nichtigen, also auch von Seiten des Staatsanwalts zerstörbaren Ehen als nichtige den blos von den Parteien selbst zerstörbaren Ehen als anfechtbaren entgegenzustellen.[3])

---

[1]) Vergl. hierzu namentlich Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, §. 25, S. 100 ff.

[2]) Es ist dies so, als ob man heute einen grundlos ausgestellten Wechsel condicirt.

[3]) Das preußische Recht nennt in diesem Zusammenhange (freilich nicht ganz in demselben Sinne) die anfechtbaren Geschäfte „ungültige", §. 933, 934. Allg. Landrecht. II. 1. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, §. 71, während die gemeinrechtliche Wissenschaft Ungültigkeit und Nichtigkeit nicht als conträre Begriffe behandelt, sondern mit dem letzteren Ausdruck die eine Art eines weiteren die Anfechtbarkeit umfassenden Begriffes bezeichnet. Vgl. Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, S. 1. Ein schlagendes Beispiel der zur Zeit in Deutschland herrschenden juristischen Sprach-

Wir sehen, daß man sich mit dem Begriffe der Anfechtbarkeit nicht leichten Kaufes abfinden kann. Man darf nicht behaupten, daß kein Begriff bei diesem Worte sei, auch nicht, daß ein Begriff bei demselben vorliege. Es sind vielmehr sieben praktisch wichtige Begriffe, welche hier nach einem ziemlich allgemeinen gemeinsamen Merkmale zu einem Collectivbegriffe zusammengefaßt sind. Diese sieben Begriffe scharf zu unterscheiden, kann man sich durch die unklare Redewendung von den „an sich" gültigen Geschäften nicht ersparen. Es sind dies folgende Begriffe:

1) das ope exceptionis ungültige Geschäft;
2) das nur unter der Bedingung eines Anfechtungsactes seitens eines Dritten ungültige Geschäft;
3) das heilbar ungültige Geschäft;
4) das relativ, d. h. nur gegenüber bestimmten Personen ungültige Geschäft;
5) das Geschäft, dessen Wirkungen durch eine nur auf besonderen Wunsch vom Richter zu berücksichtigende Einrede in Wegfall kommen können;
6) das nur unter der Bedingung der Existenz eines besonderen Anfechtungsdecrets ungültige Geschäft;
7) das von Staatswegen nicht anfechtbare Geschäft.

Hieraus folgt, daß nun auch der correspondirende Begriff der Nichtigkeit sieben entsprechende Bedeutungen haben muß:

1) das ipso jure ungültige Geschäft;
2) das von den Contrahenten selbst (nicht blos von einem Dritten) in seiner Wirksamkeit vertilgbare Geschäft;
3) das unheilbar ungültige Geschäft;
4) das absolut gegen alle ungültige Geschäft;

---

verwirrung. — Auch hier (Nr. 7) könnte man allenfalls von einer von außen her wirkenden Anfechtung reden.

5) das durch eine Einrede, um deren Berücksichtigung nicht besonders gebeten zu werden braucht, ungültige Geschäft;
6. das auch ohne ein besonderes Anfechtungsdecret ungültige Geschäft;
7) das von Staatswegen anfechtbare Geschäft.

Es soll nun keineswegs behauptet werden, daß jeder deutsche Jurist das Wort anfechtbar in jeder dieser Bedeutungen zu gebrauchen pflegt. Thatsache ist nur, daß es in jeder derselben vorgekommen ist und daß es schließlich keine Autorität giebt, welche ihm eine bestimmtere Bedeutung anzuweisen die Macht hätte. Eine handgreifliche Unrichtigkeit liegt in der Behauptung, daß ein in dem einen Sinne anfechtbares Geschäft es auch in jedem andern sein müsse. [1])

Wir sehen, zu welchen schwierigen Unterscheidungen uns ein Sprachgebrauch zwingt, bei welchem das Mißverständniß zu Gevatter gestanden hat. Es bleibt uns eben nichts übrig, als überall da, wo wir das Wort „anfechtbar" vorfinden, speciell zu unterscheiden, welche von den sieben Bedeutungen des Wortes gerade im einzelnen Falle gemeint sein kann, selbst aber das Wort niemals anzuwenden, ohne anzudeuten, was wir uns jedesmal dabei denken. Nur so ist es möglich, aus der Verwirrung herauszukommen. Geschieht dies nicht, so wird die Unklarheit immer größer werden.

[1]) So beinahe Wächter, Pand., §. 84. Das Gegentheil ist zweifellos. Die erzwungene Tradition ist z. B. anfechtbar im Sinne von 1. 3. 7, nichtig im Sinne von 2. 4. 5. und 6.; die Weiberintercession ist anfechtbar im Sinne von 1. 3. (c. 22. Cod. ad. J. C. Vellej. 4, 29) 7., nichtig im Sinne von 2. 4. 5. 6.; die in sinnloser Trunkenheit vollzogene Tradition ist nichtig in dem Sinne von 1. 2. 4. 5. 6., anfechtbar im Sinne von 3. und 7.; der einer Redhibition unterliegende Kauf ist anfechtbar in dem Sinne von 1. 3. 5. 7., nichtig in dem Sinne von 2. 4. 6. u. s. w.

§. 17.

Inwieweit ist eine Differenz zwischen Geschäftsabsicht und Erklärung möglich?

Der Satz der herrschenden Meinung, daß Willenserklärungen dann nichtig sind, wenn sie von dem Inhalte des Geschäftswillens abweichen, wurde im ersten Theile des Buches als beweislos hingestellt, indem dargethan wurde, daß die Quellen ihn bei richtiger Uebersetzung nicht enthalten.[1]) Seine innere Unhaltbarkeit ergiebt sich aber auch daraus, daß von einer Nichtigkeit einzelner Willenserklärungen bei Verträgen überhaupt gar nicht die Rede sein kann, weil die einzelne Erklärung für sich allein keine rechtliche Wirksamkeit haben, also darum weder „gültig" noch „nichtig" sein kann. Es bleibt nun noch übrig, darzuthun, daß die Vorstellung einer Willenserklärung, deren Sinn von dem Inhalte eines ihr vorausgehenden Geschäftswillens abweichen soll, in den meisten Fällen der durch Irrthum entstellten Geschäftserklärung sich überhaupt nicht aufrecht erhalten läßt, wenigstens dann nicht, wenn man strenge exact redet und denkt.

Man verwechsle nur nicht hiermit die Differenz zwischen dem buchstäblichen Sinne (Wortlaut) und dem wahren Sinne.[2]) Daß eine solche möglich ist, steht ebenso sicher fest wie, daß sie eine Nichtigkeit des Geschäftes nicht nach sich zieht. Auch soll nicht bestritten werden, daß es gewisse Irrthumsfälle giebt, in welchen das Vorhandensein einer Differenz zwischen dem Gewollten und dem Sinne der geschehenen Erklärung, d. i. dem Gedanken, welchen der Adressat für gewollt halten mußte, in der That vorliegt. Es ist dies dann der Fall, wenn jemand einen

---

[1]) Vgl. auch noch unten §. 20.

[2]) Vgl. über diese Begriffe Band I, S. 76 und auch §. 18.

bestimmten Entschluß gefaßt und in richtiger Weise ausgedrückt hat, und später wie bei dem mehrfach erwähnten Telegramme der Inhalt des Ausgedrückten unterwegs entstellt worden ist, ohne daß der Adressat dies erkennen konnte. Hier liegt in der That ein mitzutheilender Gedanke vor und daneben ein wirklich mitgetheilter und zwischen beiden eine Differenz des Inhaltes. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn bei der Uebersendung einer schon in der Außenwelt fixirten Geschäftserklärung ein Versehen vorgefallen ist, z. B. wenn die für zwei Offerten bestimmten Couverts vertauscht worden sind.

Würde man die Vorstellung einer Differenz zwischen innerem Willen und Erklärung auf diese Art von Irrthumsfällen beschränken, so ließe sich dagegen nichts einwenden. Leider will man aber unter diese Kategorie auch denjenigen Fall stellen, in welchem die aus dem Innern heraustretende Geschäftserklärung in einem erheblichen Punkte von Anfang an durch einen sachlichen Irrthum entstellt an das Tageslicht trat, in welcher sich also nicht erst bei der Uebersendung der formulirten Erklärung, sondern schon vor der Erklärung ein entstellendes Versehen ereignete. Auch hier soll die Erklärung gewissermaßen auf dem Wege vom Kopfe zum Munde durch einen inneren Beförderungsapparat entstellt sein, so daß dasjenige, was schließlich an der Ausgangsstation des Mundes herauskommt, etwas anderes ist als das an der Abgangsstation des inneren Willens Aufgegebene. Allein dieser gesammte innere Apparat ist ein reines Phantasiegebilde. Der Geist communicirt direct mit dem Munde,[1]) und wenn dieser

[1]) Ein beabsichtigter Erfolg, der sich in zeitlicher und räumlicher Entfernung von dem Handelnden abspielen soll, kann von der Absicht seinem Inhalte nach wohl abweichen, eine unmittelbare Körperbewegung, wie sie das Sprechen oder Schreiben in sich enthält, bei geistig gesunden Personen aber nicht.

etwas Unerwünschtes spricht, namentlich es als gewünscht erklärt, so muß ersterer es im letzten Augenblicke vorher gedacht oder gewünscht haben.[1]) Bei der großen Verbreitung der hier bekämpften psychologischen Lehre wird es sich empfehlen, das soeben Ausgeführte an einem Hauptbeispiele der fälschlich sogenannten Differenz zwischen dem inneren „Geschäftswillen" und dem „Erklärungsinhalte" näher zu veranschaulichen. Ich will den mir bekannten Rappen des Nachbars, welcher außerdem einen Schimmel besitzt, kaufen. Ich glaube, daß der Rappe sich im Stalle befindet, während in Wahrheit nur der Schimmel dort steht. Ich erkläre dem Nachbarn, daß ich das im Stalle befindliche Pferd für dreihundert Mark kaufe. Nehmen wir nun an, daß der Nachbar — etwa an der Höhe des Preises — erkennen mußte, daß sein Schimmel nicht gemeint war, im übrigen aber glaubte, daß ich nicht seinen Rappen, sondern etwa den Schimmel eines Dritten, der den Stall gleichfalls benutzte und ihm das Thier zu verkaufen bereit war, in das Auge fasse, und daß er demnächst das Kaufsanerbieten acceptirt. Das Geschäft ist zweifellos nichtig.[2]) Die herrschende Meinung begründet diese Entscheidung damit, daß hier der Wille, d. h. die Vorstellung von dem angestrebten Geschäftserfolge, auf den Rappen, die Erklärung auf den Schimmel gerichtet sei. Dies ist jedoch nicht das Ergebniß einer genaueren psychologischen Beobachtung. Mein auf den Rappen gerichteter Entschluß wurde vielmehr seinem Inhalte nach durch den Irrthum

---

[1]) Es wiederholen sich hier dieselben Argumente, welche oben (Bd. 1, S. 144 ff.) gegen die Vorstellung von einer „Abirrung der Erklärung" des Zerstreuten in das Feld geführt wurden. Der Fall einer falsa demonstratio soll besonders erörtert werden (§. 18).

[2]) Anders läge der Fall, wenn mein Gedanke sich auf kein falsches Individuum richtete, und ich blos die individuellen- oder Gattungsnamen der Thiere verwechselte. Hierüber vergl. §. 18.

gefälſcht. Unwillkürlich richtete er ſich von dem Rappen weg auf das im Stalle befindliche Pferd, indem ich beide für identiſch hielt. Auf dieſes letztere Pferd zielte mein Wille hin, ſonſt hätte ich nicht den Inhalt meiner Erklärung dorthin gerichtet, und wenn auch nebenbei in meiner Seele die Vorſtellung beſtand, daß dieſes Pferd mit dem gewünſchten Rappen identiſch ſei, ſo muß dieſe ſchon deshalb unberückſichtigt bleiben, weil ſie in keiner Weiſe erklärt iſt. Dasjenige, was ich ausſprach, hatte ich alſo in dem letzten entſcheidenden Augenblicke beabſichtigt;[1]) ich wollte das Falſche und glaubte, daß es das Richtige ſei. Die Fälſchung konnte nur aus meinem Bewußtſein herauskommen, nicht aber ſich zwiſchen meinen Geiſt und meine Rede von außen her einſchieben, wie ſie z. B. bei der Entſtellung eines Telegrammes von außen her wirkſam wird.

Wäre es alſo wahr, daß durch Irrthum beeinflußte Geſchäfte nur dann nichtig ſind, wenn im ſtrenge exacten Sinne eine Differenz zwiſchen Willen und Erklärung als vorhanden anzunehmen iſt, ſo würde von einer Nichtigkeit des Geſchäftes in ſolchen Fällen nur dann die Rede ſein können, wenn das Erklärte innerhalb der Außenwelt bei oder vor ſeiner Ueberſendung an den Adreſſaten entſtellt oder verwechſelt wird, nicht aber in denjenigen Fällen, in welchen der Irrthum der Erklärungshandlung vorausgeht.

Es giebt aber unter dieſen letzteren Fällen noch eine beſondere Art weſentlichen[2]) Irrthums, bei welcher man ſchlechter-

---

[1]) Auf dieſen letzten Moment oder, wie Brinz (Pand., S. 1552) bei einer anderen Gelegenheit ſagt, auf die „Schlußredaction" kommt es immer an.

[2]) Unter weſentlichem Irrthume verſteht der Verfaſſer durchweg einen ſolchen, auf welchen man ſich berufen kann, um daraus einen Diſſens oder Bedingungsmangel und ſomit indirect eine Nichtigkeit des Geſchäftes zu

dings nicht, auch nicht vermöge des oben gerügten Versehens, eine Differenz zwischen Willen und Erklärung herausconstruiren kann, weil bei ihr ein von der mangelhaften Erklärung abweichender innerer Wille gänzlich fehlt.

Es verwechselt z. B. jemand einen aus der neuen Welt zurückgekehrten Auswanderer mit dem gleichfalls ausgewanderten, gleichnamigen Sohne eines Menschen, vom welchem er einstmals eine Wohlthat empfangen hat. Er beschließt, ihm ein Legat zu geben, und führt dies auch wirklich aus. Die Verfügung ist ohne Zweifel nichtig. Und doch würde man von einer Differenz zwischen Willen und Erklärung hier nur dann reden können, wenn jemals in der Seele des Testators ein Vorsatz bestanden hätte, welcher sich auf den Sohn des Wohlthäters richtete. Nun ist aber vielleicht die Idee des Legats überhaupt erst durch das Erscheinen des Zurückgekehrten in ihm angeregt worden und hat sogleich auf diesen, also auf den Falschen, hingezielt. Der einzige Wille, welcher also in der Seele des Testators bestand, war der erklärte. Wenn wir nun diesen mit Recht wegen Willensmangels für nichtig halten, so dürfen wir doch diesen Mangel, oder richtiger diese Mangelhaftigkeit [1]) des Willens in einer strenge exacten Redeweise nicht als eine Differenz zwischen Willen und Erklärung

---

folgern. Daß der Irrthum nicht für sich allein die Ursache der Nichtigkeit ist, wurde oben, Bd. 1, S. 280, Nr. 15, dargethan.

[1]) Das Wort „Willensmangel" ist aus einem ähnlichen Grunde geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen, wie das Wort „Nichtigkeit." Man kann darunter nämlich ebenso gut den Fall verstehen, in welchem der Wille ermangelt, d. h. nicht da ist, wie denjenigen, in welchem er zwar vorhanden, aber mangelhaft, d. h. ausnahmsweise mit einem Fehler behaftet ist. Diese letztere Bedeutung ist für die durch Irrthum beeinflußten Handlungen die richtige; denn es ist zweifellos, daß auch diese Handlungen ein Wille hervortreibt, allerdings nur ein in unnormaler Weise beeinflußter.

bezeichnen, da das bei einer Differenz begriffsmäßig erforderte Vorhandensein zweier verschiedenen Größen hier fehlt.

Eine richtigere Formel zur Charakterisirung dieser Mangelhaftigkeit werden wir am besten dann finden, wenn wir uns vergegenwärtigen, wie die hier angefochtene entstanden ist. Sie ist weder quellenwidrig, noch eigentlich falsch, sondern wird vielmehr nur für gewöhnlich falsch aufgefaßt. Die berühmte lex 3 dig. de rebus dubiis 34, 5[1]) redet ausdrücklich davon, daß jemand aliud dicit quam vult, und eine entsprechende Redeweise ist auch bei uns durchaus üblich. Nichts lag daher näher als zu übersehen, daß bei dieser Redeweise wieder die unselige Vieldeutigkeit des Wortes „Wille" eine Rolle spielt und daß hier unter dem „Willen" zwar ein Inneres bezeichnet wird,[2]) keineswegs aber eine wirkliche, mit einem klar bewußten Inhalte versehene Absicht, sondern blos eine passive Prädisposition zu einem bestimmten Wollen, d. h. die Lage eines Menschen, in welcher er, um seine Wünsche zu befriedigen, etwas ganz Bestimmtes würde wollen müssen, oder in der er, über diesen Punkt befragt oder aufgeklärt, es gewollt haben würde.[3]) Daß man einen solchen passiven, unbewußten Zustand nicht im strenge wissenschaftlichen Sinne „Willen" zu nennen berechtigt ist, daß man jedoch, hierdurch unbeirrt, ihn gemeinhin trotzdem so nennt, wurde schon oben ausgeführt. So muß man denn von demjenigen, qui aliud dicit quam vult, falls man dies letzte Wort richtig interpretirt, sagen, er erkläre (und wolle somit im strenge philosophischen Sinne) das eine und würde, wenn er nicht vom Irrthume geblendet wäre, das andere gewollt haben, d. h. er hat dies andere in der

---

[1]) Vgl. Bd. 1, S. 184 ff.

[2]) Vgl. Bd. 1, S. 3.

[3]) Vgl. oben, Bd. 1, S. 225.

unphilosophischen und ungenauen Redeweise der l. 3 cit. gewollt. Was hier in ungenauer Weise Differenz zwischen Erklärung und Wille heißt, das ist in Wahrheit eine Differenz zwischen dem wirklichen Willen und demjenigen Willen, welcher eigentlich hätte vorhanden sein sollen. Dieser letztere ist nichts Inneres und nichts Aeußeres, sondern lediglich ein Gedanke, welcher nur durch logische Schlußfolgerung aus einem inneren Thatbestande, dem Geschäftszwecke, und dem äußeren des objectiven Rechtes gewonnen werden kann.[1]) Am besten aber läßt man hier die Vorstellung einer Differenz zwischen zwei gegebenen Größen gänzlich fallen und spricht statt dessen schlechtweg von einer Untauglichkeit der Geschäftserklärung zu der Bezeichnung der durch die Erklärung bezweckten Rechtswirkung.[2])

Eine solche Untauglichkeit, d. i also eine Differenz zwischen Willen und Erklärung in dem hier allein denkbaren Sinne, liegt aber überall vor, in welchem sich jemand in einem für ihn entscheidenden Umstande geirrt hat,[3]) gleichviel ob dadurch seine Absicht einen anderen Inhalt bekommen hat, oder ob sie blos unter Voraussetzungen erklärt worden ist, unter denen ohne jenen Irrthum dies unterblieben sein würde. Es ist vom psychologischen Standpunkte völlig incorrekt, diese beiden Fälle verschieden zu behandeln. Ob ich dem X etwas schenke, weil ich irrthümlicher

---

[1]) Man könnte auch ebenso gut sagen, es liege hier eine Differenz vor zwischen demjenigen thatsächlichen Erfolge, welcher bei einer Ausführung des Erklärungsinhaltes verwirklicht werden würde, und demjenigen, welcher nach der Absicht des Erklärenden daraus hervorgehen sollte.

[2]) Daß diese im Zweifel aus dem bezweckten thatsächlichen Erfolge gefolgert werden muß, ist Bd. 1, §. 12 erwiesen worden.

[3]) Vorausgesetzt, daß er in Folge davon etwas Unerwünschtes erklärt hat, siehe Bd. 1, S. 260.

Weiſe annehme, er ſei der Y, oder weil ich aus Irrthum glaube, daß ich das große Loos gewonnen habe, dieſe beiden Fälle ſtehen ſich durchaus gleich, da der Irrthum ja immer nur in einem Beweggrunde liegen kann.[1]) Wäre es alſo wirklich wahr, daß nicht blos hinſichtlich zweideutiger Punkte einer oratio ambigua, wie die l. 3 cit. uns beweiſt, ſondern durchweg bei allen Geſchäftserklärungen die Differenz zwiſchen Willen und Erklärung die letztere entkräftet, ſo würde aus dieſer Prämiſſe folgen, daß bei Verträgen jeder einſeitige, entſcheidende Beweggrund, ſobald er irrthümlich wäre, ein nichtiges Geſchäft nach ſich ziehen müßte. Um dieſe Conſequenz zu vermeiden, hat man die „bloßen" Beweggründe von den ſonſtigen bewegenden Vorſtellungen zu ſcheiden geſucht, allein, wie wir ſahen, vergeblich. Der einſeitige entſcheidende Beweggrund iſt, wie wir oben ſahen, nicht darum unerheblich, weil er blos ein Beweggrund iſt, ſondern darum, weil er blos einſeitig iſt, und damit fällt die Möglichkeit fort, bei ihm das Vorhandenſein einer Differenz zwiſchen Willen und Erklärung abzuleugnen und ihn von dem ſog. unechten Irrthume zu unterſcheiden.

Wir faſſen das oben Dargelegte im Folgenden zuſammen:

> Eine Differenz zwiſchen Willen und Erklärung im ſtrenge exacten Sinne kann nur bei Entſtellung oder Verwechslung einer Aeußerung innerhalb der Außenwelt vorkommen. Eine Differenz zwiſchen dem Erklärten und demjenigen, was hätte erklärt werden ſollen, iſt möglich, jedoch nur hinſichtlich der zweideutigen Punkte einer oratio ambigua erheblich; die allgemeine Zulaſſung ihrer Erheblichkeit würde die Weſentlichkeit eines jeden Irr-

[1]) S. Bd. 1, S. 272 ff.

thums in einem einseitigen, entscheidenden Beweggrunde zur Folge haben müssen.

Der Satz, daß Erklärungen, wenn sie von dem inneren Willen abweichen, ausnahmslos nichtig sind, ist daher nicht nur unbewiesen, sondern im Widerspruche mit zweifellosen Rechtsgrundsätzen.

Alles dies stimmt mit den Ergebnissen des ersten Theiles überein.

Immerhin wird nach des Verfassers Meinung wie nach jeder anderen die Abgabe einer untauglichen Erklärung möglicher Weise Nachtheile für den Erklärenden in sich bergen, nämlich bald die erwünschte Vertragsschließung hindern, bald zu einer Vertragsschließung hinführen, welche sich nachher als unerwünscht herausstellt, ersteres bei wesentlichem, letzteres bei unwesentlichem Irrthume. Hierbei drängt sich nun die Frage auf, wie diese schädliche Wirkung irrthümlicher Erklärungen mit dem Satze: falsa demonstratio non nocet übereinstimme.

Die Antwort soll in dem nächsten Paragraphen versucht werden.

---

§. 18.

Falsa demonstratio non nocet. [1])

Es war in dem vorigen Paragraphen durchweg von dem Falle die Rede, in welchem jemandem vor der Abgabe der Erklärung ein sachlich falscher Gedanke in Folge eines Irrthumes vorschwebte, d. h. ein solcher, dessen Durchführung zu einem ihm unerwünschten Erfolge führen mußte, z. B. die Absicht, den indi-

---

[1]) Vgl. zu dem Nachfolgenden namentlich Brinz, Pandekten, S. 1566, auch Bruns, Pandektenfragmente, S. 483, nota 132.

viduell bekannten A zu beschenken, von dem der Schenker glaubte, er sei mit B identisch. Hiervon verschieden ist der Fall der falsa demonstratio, bei welchem dem Erklärenden erweislich das Richtige, z. B. die Absicht, den individuell vorgestellten B zu beschenken, in seinem Geiste vorschwebte und er sich nur bei der Uebersetzung dieses seines richtigen Gedankens in Worte vergriff, indem er ein ungeeignetes Ausdrucksmittel wählte, z. B. den B als A bezeichnete. Beide Fälle unterliegen trotz ihrer scheinbaren Aehnlichkeit der verschiedensten Behandlung. Dort liegt entweder eine nichtige oder eine nach Inhalt der Erklärung gültige Aeußerung vor, hier wird das Versehen corrigirt; denn es gilt — bei Testamenten wenigstens ohne Zweifel — der Satz: falsa demonstratio non nocet; es kommt also dort nur darauf an, daß für das Gedachte eine Erklärung abgegeben, nicht aber, daß sie mit dem zu erklärenden Gedanken im Einklange ist.[1]) Der Satz bedarf jedoch unzweifelhaft gewisser Einschränkungen. Zunächst kann zweifellos eine als falsch erkannte letztwillige Erklärung sich trotzdem dann als schädlich erweisen, wenn es zwar feststeht, daß ihr Inhalt nicht gewollt ist, ohne daß man jedoch weiß, was denn eigentlich gewollt war. Hier wird der positive Schaden irrthümlicher Aeußerungen, daß sie einen unerwünschten Erfolg nach sich ziehen können, zwar vermieden, der negative aber, daß sie die Existenz des gewünschten nicht zu Stande kommen lassen,

---

[1]) Was von Testamenten gilt, werden wir wohl der Regel nach von einseitigen Rechtsgeschäften überhaupt gelten lassen müssen. Vgl. l. 35 dig. ad. leg. Iul. 48, 5. Die Regel ist bezeugt in Ulp. fragm. XXIV §. 19. §. 29. 30 inst. de legatis 2, 20. l. 28. dig. de rebus dubiis 34, 5. l. 17 pr. §. 1. 33 pr. 34. 40 §. 4. 72 §. ult. dig. de cond. 35, 1. l. 35 §. 1. 2. dig. de leg. III. l. 48 §. 3 dig. de hered. instit. 28, 5. l. 16 §. 1. dig. de leg. I. c. 4. Cod. de test. 6, 23. c. 5. Cod. de hered. inst. 6, 24. c. 7 §. 1. Cod. de leg. 6, 37.

nicht; (das nocere kann natürlich bei unserer Regel nur auf denjenigen Schaden hindeuten, welcher durch die Abgabe einer richtigen Erklärung abgewendet worden wäre).[1]) Wir müssen daher auch bei letztwilligen Verfügungen dem angezogenen Satze einen selbstverständlichen Vorbehalt einfügen, so daß er dann lautet:

> Ob ein letzter Wille mit richtigen oder falschen Worten erklärt ist, ist dann gleichgültig, wenn der Wille, von dessen Erklärung die Gültigkeit des Geschäftes abhängt, feststeht.

Allein auch der so modificirten Regel müssen wir noch eine weitere Beschränkung hinzufügen. In der l. 4 pr. dig. de leg. I. ist ausdrücklich ausgesprochen, daß nicht jede falsa demonstratio unschädlich ist. Die Stelle lautet:

> Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debebitur. quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.[2])

Mit dem Gegensatze des mutabile und des immutabile wird jedoch der richtigen Meinung nach nicht auf Veränderlichkeit, sondern auf Verwechselbarkeit der Namen hingedeutet, d. h. auf die Möglichkeit, entschuldbarer Weise die Namen der Dinge zu

[1]) Daß demonstratio und Erklärung identische Begriffe sind, dürfte nach dem Bd. 1, §. 3 über den Begriff der Erklärung Ausgeführten nicht zweifelhaft sein. Vgl. auch Brinz a. a. O.

[2]) Vgl. zu dieser Stelle Savigny, Syst. 3, S. 306, Anm. k.

vertauschen. Die Verwechslung der Gattungsnamen der Sachen ist unentschuldbar, so sehr, daß man annehmen muß, jemand, der ihrer fähig ist, wisse überhaupt nicht recht, was er wolle. Die Verwechslung der Namen der Grundstücke dagegen wird entschuldigt, ebenso an dem Schlusse der Stelle diejenige der Namen von Sklaven.[1]) Mutabile heißt nicht blos dasjenige, was sich verändert, sondern insbesondere auch dasjenige, was man ändern oder vertauschen kann oder darf.

Während also Brinz (Pand., S. 1567) eine Unschädlichkeit der falsa demonstratio nur bei solchen Namen annimmt, „welche den Dingen nicht nach dem gemeinen Sprachgebrauch, sondern, wie die Eigennamen der Menschen, Grundstücke, Thiere nur von bestimmten Einzelnen (Voreltern, Eltern, Herren, Eigenthümern) gegeben sind", so möchte der Verfasser vielmehr das Schwergewicht auf die Entschuldbarkeit der Namens- oder Wortverwechslung legen. Dabei ist zuzugeben, daß die Verwechslung allgemein gangbarer Vocabeln der Regel nach unentschuldbarer sein wird als diejenige der mehr willkürlich bestimmten Eigennamen. Und doch lassen sich Fälle denken, in denen auch die letztere unentschuldbar ist, so z. B. wenn ein Vater aus Zerstreutheit die Namen seiner Kinder verwechselt, und andererseits, daß auch eine Vertauschung von Gattungsnamen verzeihlich sein kann, so z. B. wenn jemand aus Unwissenheit seinen Barometer unter dem Namen eines Thermometers legirt. — Der legislatorische Grund für die Schädlichkeit der unentschuldbaren Erklärungsmißgriffe liegt nahe; sie zwingt den Testator dazu, seine Gedanken zusammen zu nehmen und beugt somit jenen fatalen

[1]) In Rom mag es vorgekommen sein, daß die Sklaven nach der Laune ihrer Herren die Namen wechseln mußten, wie dies selbst bei unseren Dienstboten thatsächlich oft der Fall ist.

Erbschaftsprocessen vor, bei denen verwegene Prätendenten in dem Trüben der testatorischen Ausdrucksweise zu fischen pflegen.[1])

Mit dem soeben Ausgeführten steht auch nur scheinbar die lex 7, §. 2 dig. de sup. leg. 33, 10 im Widerspruche. Dieselbe lautet:

> Servius fatetur sententiam ejus, qui legaverit, aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror, quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet.

Es ist in dieser Stelle überhaupt nicht von einem Falle die Rede, in welchem wie bei der lex 4 pr. cit. der Testator aus Versehen (vgl. das Wort stultius in der l. 4, dsgl. das putat ebenda) die Gattungsnamen der Sachen verwechselt, sondern von einer besonderen Gewohnheit desselben, vermöge deren er Sachen gewisser Art, z. B. das escarium argentum oder die paenulae et togae, in einer ihm eigenthümlichen Art als supellex zu bezeichnen liebte.[2]) Servius hat für solche Liebhabereien kein

---

[1]) Savigny, System Bd. 3, S. 306, nota k meint, die lex 4. pr. cit. sei aus der etwas ängstlichen Behandlung der Legate entstanden und lasse sich nach heutigem Rechte kaum rechtfertigen. Allein das Interesse an einer gewissen Sorgfalt bei der Abfassung von Testamenten dürfte noch heutzutage vorliegen.

[2]) Man denke z. B. an einen Gelehrten, welcher sich es angewöhnt

Verſtändniß, Tubero denkt darüber freier, aber der ſchroffe Celſus, deſſen Meinung für uns den Ausſchlag giebt, iſt der Anſicht, daß bei derartigen ernſten Geſchäften die Gemüthlichkeit aufhört und ein zweckloſes Abweichen von dem allgemeinen Sprachgebrauche unter den Begriff der unentſchuldbaren Artverwechſelung fällt.[1])

Ob der Satz falsa demonstratio non nocet, welcher durchaus nicht in den Quellen auf Teſtamente beſchränkt iſt, auf Vertragserklärungen anwendbar iſt, ſcheint zunächſt zweifelhaft. Wenn ich in einer Vertragserklärung aus Verſehen etwas Falſches erkläre, ſo bin ich, falls dies nicht erkennbar werden konnte, der richtigen Meinung nach, gebunden; nach der herrſchenden Lehre bin ich es zwar nicht, nach beiden Anſichten iſt es aber unrichtig, daß die falſche Erklärung mit der richtigen gleichwerthig iſt.[2])

---

hat, ſeine Bücher als ſein Handwerkzeug zu bezeichnen, oder an einen Hausbeſitzer, welcher ſeinen Garten aus Selbſtironie ſeinen Park nennt, u. dgl.

[1]) Von Perſonennamen iſt hier überhaupt nicht die Rede; Brinz, S. 1567, folgert aus der lex 4 cit., daß hinſichtlich dieſer die freiere Anſicht des Tubero recipirt worden ſei, doch giebt die l. 7 §. 2 cit. darüber, ob nicht vielleicht bei dieſen auch ſchon Servius der gleichen Anſicht huldigte, keine Auskunft.

[2]) Manche tragen neben einander ohne weiteres folgende 3 Sätze vor:

1. Wenn jemand in nicht erkennbarer Weiſe etwas Falſches erklärt, ſo gilt das Erklärte, quia clarius loqui debuisset.
2. Wenn jemand in nicht erkennbarer Weiſe etwas Falſches erklärt, ſo gilt wegen Differenz zwiſchen Willen und Erklärung gar nichts.
3. Wenn jemand in nicht erkennbarer Weiſe etwas Falſches erklärt, ſo gilt das Richtige, quia falsa demonstratio non nocet.

Alle diejenigen, welche dieſe drei Lehren neben einander annehmen, werden ein und denſelben Fall auf drei verſchiedene Arten zu entſcheiden in der Lage ſein, je nachdem ſie auf den einen oder auf den andern Satz zufälliger Weiſe Rückſicht zu nehmen geſonnen ſind. Der Widerſpruch löſt ſich dadurch auf, daß der Satz Nr. 2 falſch iſt und der Satz Nr. 3 einer naturgemäßen Einſchränkung bedarf.

Alle Bedenken schwinden jedoch sogleich, sobald wir an jener Modification festhalten, welche wir selbst bei Testamenten unserer Regel beifügten und nach welcher die falsa demonstratio nur dann unschädlich ist, wenn der Wille, auf den es ankommt, anderweitig klar gelegt worden ist. Nun wissen wir aber, daß bei den Testamenten, als den Erklärungen, welche sich an keinen Bestimmten richten, der Wille nicht einer besonderen Person gegenüber, sondern nur überhaupt klar gelegt zu werden braucht, daß dies aber bei den Vertragserklärungen bestimmten Personen gegenüber geschehen muß.[1]) Für Vertragserklärungen lautet also die Regel: Eine irrthümliche Erklärung steht dann der richtigen gleich, wenn der Wille, welcher erklärt werden soll, dem Mitcontrahenten gegenüber auf andere Weise klar gelegt worden ist.

Betrachten wir die Regel in dieser ihrer richtigen Gestalt nun näher, so sehen wir, daß sie gar nichts anderes ist als ein Ausdruck jenes oben (Bd. I, §. 9) klargelegten Fundamentalsatzes des neueren römischen Rechtes: Es kommt nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärungen an. Nur der falsche Wortlaut ist es, welcher in ihr als unschädlich bezeichnet wird.

Nicht also eine Abweichung von dem oben Entwickelten, sondern dessen directe Bestätigung enthält unsere Regel. Zugleich sehen wir aber, daß die für Legate bestimmte Ausnahme, welche bei unentschuldbaren Absonderlichkeiten in der Bezeichnung des legirten Gegenstandes die Verfügung nichtig sein läßt, zugleich eine Einschränkung jenes früher gefundenen Fundamentalsatzes, daß der Sinn trotz eines abweichenden Wortlautes gelte, in sich enthält. Es fragt sich nun, ob diese Ausnahme blos für Legate oder auch

[1]) Band 1, S. 175.

für Vertragserklärungen gilt.[1]) Ueberwiegende Gründe dürften für die Einschränkung der Regel auf Legate sprechen. Zunächst sind Ausnahmebestimmungen überhaupt nicht auszudehnen. Sodann greift der vermuthliche Grund jenes Satzes, die Befürchtung von Controversen über den Willen eines Menschen, der durch den Tod verhindert ist, seine Worte authentisch zu interpretiren, bei Geschäften unter Lebenden nicht Platz. Wenn die Contrahenten nur unter einander einig sind — eine allerdings unerläßliche Bedingung —,[2]) so kann es der Rechtsordnung gleichgültig sein, ob der eine von ihnen oder beide sich mit den Gesetzen der Muttersprache in einen Conflict setzen. Gleichgültig ist es daher, ob sie ihre paenulae supellex nennen, gleichgültig, ob der Gast in einem Wirthshause ein Stück Entenbraten von dem Buffet unter dem Namen „Gänsebraten" wegnimmt, gleichgültig insbesondere auch die irrige Annahme eines zu geringen Größenmaßes eines in Natur übergebenen Grundstückes, sobald dessen thatsächlicher Umfang innerhalb der Außenwelt zweifellos ist;[3]) denn eine solche Annahme liegt außerhalb der eigentlichen lex contractus; sie bestimmt nicht deren Gegenstand, sondern giebt nur ein Urtheil über dessen Beschaffenheit ab. So ist denn überhaupt die falsche Bezeichnung des Verabredeten, wenn sie noch obendrein überflüssig ist, schon aus diesem letzteren Grunde unschädlich. So z. B. bei der Zufügung eines falschen Vornamens zu dem Namen des durch Prorogation gewählten

---

[1]) Das erstere nimmt Savigny, System 3, S. 305, 306, nota k an, das letztere anscheinend Brinz, Pand., S. 1567.

[2]) Vgl. Savigny III, S. 305, und die Plurale in der lex. 34 pr. dig. de adquir. rer. dom. 41, 2 si in nomine tantum erraverimus. l. 9, §. 1. dig. de contrah. empt. 18, 1. plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet. l. 80 dig. de judiciis 5, 1 de quo litigatores sensissent.

[3]) Arg. lex 45 dig. de evictionibus 21, 2.

Richters.[1]) In der That findet sich in unseren Quellen bei Verträgen keine Spur einer Unterscheidung von entschuldbaren und unentschuldbaren Wortverwechslungen, von nomina mutabilia oder immutabilia.[2])

§. 19.

Der Dissensus.

Von den im ersten Theile entwickelten Nichtigkeitsgründen, deren Klarlegung den Nachweis eines Irrthums voraussetzt, fand der Dissens schon oben eine Besprechung (§. 8), welche namentlich festzustellen suchte, unter welchen Voraussetzungen ein Punkt, hinsichtlich dessen die Erklärungen disharmoniren, als wesentlich zu betrachten ist.[3])

[1]) Nam quidquid demonstratae (demonstrandae?) rei additur, satis demonstratae, frustra est. l. 1, §. 8 dig. de dote praeleg. 33, 4.

[2]) Namentlich nicht in l. 9, §. 1. dig. de contr. empt. 18, 1. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio, noch in der l. 34 dig. pr. de acquir. vel. am. poss. 41, 2. Die l. 32 dig. de verb. obl. 45, 1: Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet, stipulationem valere beweist darum nichts, weil sie eine auch bei Legaten entschuldigte Vertauschung von nomina mutabilia betrifft. — Die cst 5 Cod. de juris et facti ignor. I, 18: Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit, respondendo id, quod paternum erat, ex maternis esse bonis nihil egisti ist wohl überhaupt nicht auf eine Vertragserklärung, sondern auf ein processualisches Geständniß zu beziehen und beweist, daß ein solches im römischem Processe nicht in demjenigen Maaße verpflichtete, in welchem es dieses im modernen thut.

[3]) Vgl. über den Dissens auch Hölder, kritische Vierteljahrsschrift, Band 14, S. 574, 575, insbesondere aber auch die characteristische Bemerkung des Cujacius zu der lex 57 dig. de obl. et act. 44, 7. opera Neapoli 1758, tom. VIII, p. 390. Dissensus error est. Item si

Trotzdem ist es im Interesse der weiterhin nothwendigen Quellenexegese erforderlich, die Bedeutung des römischen Ausdrucks dissensus genauer festzustellen. Zunächst ist es höchst wahrscheinlich, daß die Ausdrücke consensus und dissensus in einem solchen Gegenseitigkeitsverhältnisse zu einander stehen, daß man bei ihnen von gleichen etymologischen Gesichtspunkten ausgehen kann.[1])

Da nun oben (§. 2) erwiesen wurde, daß das Wort sentire in der Verbindung mit con nicht das innere Meinen, sondern das erkennbare Meinen, d. i. die Aeußerung, bezeichnet, so spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß dissentire gleichfalls eine oder mehrere Aeußerungen, nicht aber innere Zustände bezeichnet. Wir sahen ferner, daß consentire bisweilen die Erklärung übereinstimmender Ansichten, nicht blos diejenige gleicher Absichten bezeichnet.[2]) Gerade so ist es zweifellos, daß das dissentire de aliqua re auch auf abweichende Meinungsäußerungen bezogen werden kann;[3]) hier in der Irrthumslehre interessirt es freilich nur als Disharmonie von Willenserklärungen.

Und ebenso, wie wir oben sahen, daß im Pandektenlatein

---

venditor sensit se vendere decem, emptor sensit se emere quinque, denique si error sit in re, quae venit, vel in pretio, nulla est emptio venditio, nulla item locatio conductio. Daß der Meister der Quellenkunde hier den dissensus als Unterart des error hinstellt, erweist sich darum als richtig, weil überall, wo ein dissensus vorliegt, auch ein error des Acceptanten vorliegen muß (vgl. §. 8). Vergl. auch Savigny, III, 266 n. g.

[1]) Ein Hauptargument, welches uns zwang, in dem consensus äußere Erklärungshandlungen zu sehen, nämlich die Bedeutung, welche die Silbe con in dieser Zusammensetzung allein haben kann (s. oben Bd. I, S. 51), fällt freilich bei dem dissensus nicht ins Gewicht.

[2]) s. Bd. I, S. 46.

[3]) Gajus I, 7. In §. 26 soll darauf bei der Auslegung der l. 21. §. 2 dig. de action. empti vend. 19, 1 Bezug genommen werden.

consentire von einer einzelnen Person ausgesagt meistens ein Zustimmen,[1]) von mehreren ausgesagt aber der Regel nach eine Einigung der Erklärungen bedeutete, so finden wir auch hier dissentire bei einzelnen im Sinne von — „Widersprechen" —, von mehreren ausgesagt wird es dagegen als Aeußerung widerstreitender Erklärungen behandelt. Die erstere Bedeutung dieses Wortes finden wir z. B. in der lex 12 dig. de evictionibus 21, 2. (Scaevola):

> Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unum quemque partem suam vendidisse.[2])

Wo aber das Wort von einem dissensus der Contrahenten unter einander spricht, da müßte die herrschende Meinung, getreu der Uebersetzung des Wortes consensus als Einigkeit der inneren Willen, eigentlich auch von einer inneren Disharmonie der Willen oder Absichten reden.[3]) Es ist aber ein jedenfalls beachtenswerther Umstand, daß selbst ein so eifriger Vertreter der herrschenden Lehre, wie Zitelmann es ist, den bei der Deutung des Wortes consensus gemachten Fehler bei dem dissensus wenigstens insofern vermeidet, als er den Fall des von ihm sogenannten Irrthums in der Absicht, in welchem innere Absichts-

---

[1]) Vgl. oben S. 52, Anm. 3, und eine praktische Consequenz hiervon: S. 199, Anm. 3, S. 200, Anm. 3. Eine Ausnahme: l. 11 pr. d. de c. e. 18, 1,

[2]) Eine Anwendung der Regel: qui tacet consentire videtur vergl. Bd. I, S. 200, Anm. 3.

[3]) So thut selbst Röver a. a. O. S. 42 (richtiger Anm. 26), obwohl er einer von den wenigen Neueren ist, welche die richtige Bedeutung des Wortes consensus ganz scharf hervorheben. (Bd. I, Einleitung, Seite XXV).

differenzen unter den Parteien bestehen, dem Falle des Dissenses gegenüberstellt, also in durchaus richtiger Weise von einem dissensus nur bei einer Differenz der Erklärungen redet.[1])

Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung folgt aus der lex 57 dig. de obl. et act. 44, 7. (Pomponius):

> In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet societas, quae in consensu consistit.

Schon oben (Band I, S. 31 ff.) wurde dargethan, daß man sentire hier nicht mit innerem Meinen übersetzen kann. Der Schluß auf das gleichfalls hier verwendete Wort dissentire liegt nahe. Dabei unterscheide man jedoch diesen dissensus der Irrthumslehre, welchen man, weil er dem Acceptanten bei seiner Erklärung nicht zum Bewußtsein kommt, den „unbewußten Dissens" nennen kann, von einer anderen Art von Dissens der Absichten, welche man, weil bei ihr das Bewußtsein einer Differenz vor-

---

[1]) Vergl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, z. B. S. 486: „ich lehne die Offerte ab und der Offerent meint, daß ich sie angenommen habe", ferner S. 487, Anm., 488, § 4, S. 528, 592, 604, Nr. 4. Aehnlich schon Hölder in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 570. (Brinz, Pand., S. 1400, spricht in den Fällen der l. 9. pr. dig. de contr. empt. 18, 1 und der lex 3. §. 1. dig. de obl. et act. 44, 7 von einem „falschen Consens"). Thomsen (Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882) macht auch hier mit der herrschenden Consenslehre Ernst und meint (S. 32), ein Dissens liege auch da vor, wo der innere Wille des einzelnen Contrahenten mit der übereinstimmenden Abrede disharmonire. Das würde man dann etwa einen „inneren Dissens" nennen müssen, im Gegensatze zu dem erkennbaren „äußeren". Vgl. auch Savigny, III, S. 265.

liegt, den bewußten Dissens nennen kann. Von diesem giebt es nun wieder zwei ganz verschiedene Arten. Zunächst finden wir den bewußten Dissens als einen unerwünschten, d. h. als den Streit mehrerer Personen, die nicht unter sich einig werden können. So namentlich bei Mehrheiten, welche beschlußfähig sind. arg. §. 1. inst. de satisd. tut. 1, 24. verbis:

> sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet.[1])

Dissensus heißt hier geradezu so viel wie Streit und Hader. Endlich erscheint der mutuus dissensus auch noch als gleichbedeutend mit der contraria voluntas (Bd. I, S. 37), d. h. als Aufhebungsvertrag eines noch von keiner Seite erfüllten Contractes. arg. l. 80 dig. de solut. 46, 3. verbis:

> aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.

In dieser Wendung erscheint die Bedeutung des Wortes deshalb ganz eigenartig, weil hier weder die Meinungen, noch die Erklärungen ihrem Inhalte nach auseinandergehen; die Parteien befinden sich vielmehr darüber, was sie wollen, in bester Einigkeit. Die erste Silbe des hier angewandten Wortes erklärt sich hier lediglich daraus, daß dieser dissensus contrarius den Zweck hat, die durch ein obligatorisches Band zusammengefügten Contrahenten wieder zu trennen; es liegen hier nicht auseinandergehende, sondern auseinanderreißende Erklärungen vor.

Wir kehren nunmehr zu dem für die Irrthumslehre allein wichtigen unbewußten Dissense, den wegen Nichtübereinstimmung

---

[1]) Ebenso in der l. 7. §. 19. dig. de pactis 2, 14.

nichtigen Vertragserklärungen, zurück, um noch einen wichtigen Punkt hervorzuheben. Nicht überall da, wo zwei gegenseitige[1]) Erklärungen vorliegen, welche einen verschiedenen Sinn haben, kann man von einem Dissense reden, es müssen zwei Erklärungen sein, welche übereinstimmen *wollen*, es aber trotzdem nicht thun (vgl. oben §. 8, S. 168, 170), d. h. es müssen zwei Vertragserklärungen vorliegen, von denen die eine eine Offerte ist, also auf eine bestimmte lex contractus hinweist (Bd. I, S. 160, 168, Anm. 1) und die andere eine Acceptation, d. h. eine Aeußerung, nach welcher der Erklärende der geschehenen Offerte zuzustimmen sich einbildet.[2]) Dagegen werden wir nicht von einem Dissensus reden dürfen, wenn *gescheiterte Vorverhandlungen* vorliegen, d. h. wenn die Antwort auf die Offerte nicht blos ihrem Inhalte widerspricht, sondern das Vertragsanerbieten *bewußt*

---

[1]) Man könnte zweifeln, ob nicht auch da von einem Dissense geredet werden muß, wo zwei Vertragserklärungen nicht in gegenseitiger Richtung abgegeben sind, jedoch der Schein eines Vertragsschlusses vorliegt, z. B. bei der Verirrung des die Offerte überbringenden Boten, welcher die Zustimmung eines Falschen zurückbringt (Bd. I, S. 128, vgl. namentlich Anm. 3). Die Quellen thun dies nicht, und auch wir haben alle Veranlassung, in einem solchen Falle nicht von einem nichtigen Vertrage zu reden, sondern vielmehr zu behaupten, daß dasjenige, was dort vorgefallen ist, überhaupt kein Vertrag ist; dem vorliegenden Thatbestande fehlen nicht blos die Begriffsmerkmale des gültigen Vertrages, sondern auch diejenigen des Vertrages überhaupt; s. oben §. 16.

[2]) Art. 322 des deutschen Handelsgesetzbuches: „Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrages, verbunden mit einem neuen Antrage," ist sicherlich dann unpassend, wenn der Acceptant deshalb das Anerbieten unter Bedingungen oder Einschränkungen annimmt, weil er irriger Weise glaubt, es sei unter solchen Bedingungen offerirt worden. Dann will er den Antrag durchaus nicht ablehnen, sondern kann, wenigstens nach gemeinem Rechte, sein Versehen heilen (s. Band I, S. 170, Anm. 1). Der Gesetzgeber thut überhaupt gut, wenn er derartige Auslegungen dem richterlichen Ermessen überläßt.

ablehnt. Es kann dies in der Art geschehen, daß der Acceptant z. B. erwidert, er sei mit dem Kaufpreise nicht zufrieden, stelle aber anheim, andere von ihm selbst angedeutete Vorschläge zu machen;[1]) hier verbindet der Oblat mit der Ablehnung der Offerte die Aufforderung zu einer neuen. Der Acceptant kann aber auch erklären, daß er der ihm vorgeschlagenen Vertragsnorm sogleich zustimme, jedoch nur unter der Bedingung, daß dieselbe in diesem oder jenem Punkte abgeändert werde.[2]) Hier enthält die Antwort eine neue Gegenofferte, es liegen also nur zwei gegenseitige Offerten, nicht aber ein dissensus und ebenso wenig ein nichtiger Vertrag vor.

Halten wir dies fest, so können wir eine altberühmte, scheinbare Antinomie beseitigen, diejenige zwischen der lex 18 pr. dig. de rebus creditis 12, 1 und der lex 36 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1, zwei Stellen, welche, obwohl sie dem Leser wohlbekannt sein werden, zur besseren Orientirung mitgetheilt werden sollen.

Die lex 36 cit. lautet (Julianus):

> Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia,

---

[1]) Auf diesen Fall bezieht sich der citirte Art. 322 überhaupt nicht, weil man die hier abgegebene Erklärung schlechterdings nicht „Annahme" nennen kann. So z. B., „das angebotene Pferd würde ich vielleicht für den geforderten Preis kaufen, wenn Sie mir dafür auch das Sattelzeug anböten."

[2]) Dies ist der bei der Redaction des Artikels 322 in das Auge gefaßte Fall, z. B. „den für das Pferd geforderten Preis will ich Ihnen für Pferd und Sattelzeug zahlen."

tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Warum die Tradition hier nicht nichtig ist, wurde oben bereits erklärt (Band I, S. 241, S. 267, Anm. 3, S. 270). Wer nur unter einer bestimmten Voraussetzung etwas tradirt, der muthet dem Empfänger für den Fall, daß die Voraussetzung ohne dessen Wissen unrichtig ist, nicht die Setzung einer dinglichwirkenden Suspensiv- oder Resolutivbedingung zu, sondern begnügt sich mit der Einschiebung einer stillschweigenden Abrede einer obligatorischen Rückgabepflicht.[1])

Ganz anders verhält es sich mit der l. 18 pr. cit. (Ulpianus):

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

In beiden Fällen wird eine Summe als Schenkung hingegeben und als Darlehn entgegengenommen.[2]) Der Unterschied

---

[1]) Daß diese Abrede nach röm. Rechte der Regel nach nur durch die Bereicherungscondictionen erzwungen werden konnte, ergiebt sich aus ihrer Formlosigkeit. War sie einem bonae-fidei-Contracte angefügt, so concurrirte hier wie sonst die Contractsklage mit der Bereicherungsklage.

[2]) Daß man zumeist in dem quasi eine Erklärung der Absichten der Contrahenten angedeutet findet, rechtfertigt sich deshalb, weil ein Hingeben oder Annehmen nicht ohne erläuternde Umstände geschieht, und es daher für die Mittheilung des vorliegenden Thatbestandes unerläßlich war, anzudeuten, wie es sich hier mit diesen Umständen verhielt.

liegt aber darin, daß in der l. 36 als Ursache der Erklärungsdifferenz ein dissensus angegeben wird, in der l. 18 pr. aber nicht. Bedenkt man nun, daß bei divergirenden Erklärungen der bewußte Widerspruch bei weitem gewöhnlicher und wahrscheinlicher ist als ein bloßes Mißverständniß, wie es den dissensus charakterisirt, so werden wir einen solchen keineswegs ohne weiteres in der lex 18 pr. cit. voraussetzen dürfen. Vielmehr werden wir annehmen müssen, daß in dem Falle der letzteren Stelle der Beschenkte die ihm angebotene Summe in bewußtem Widerspruche mit der Offerte nur als Darlehn behalten zu wollen erklärte. In dem Angebote einer Schenkung liegt nun aber keineswegs ohne weiteres die Offerte eines Darlehns.[1]) Die gemachte Offerte wurde also abgelehnt und eine andere gemacht, wobei übrigens correcter Weise das Geld hätte zurückgegeben werden sollen. Hier ist nun keine Tradition zu Stande gekommen. Bei der angebotenen traditio ex causa donationis wurde die Offerte abgelehnt, bei der andererseits vorgeschlagenen traditio ex causa mutui nicht angenommen. Man folgere aber nicht etwa aus dem bei der lex 36 cit. über die Unerheblichkeit des dissensus in der causa Ausgeführten, daß auch hier die Schenkungstradition gelten müsse; denn der Fall der l. 18 pr. cit. ist demjenigen eines Dissenses nicht analog. Wenn ich nämlich auch als billigdenkender paterfamilias eine von mir tradirte Sache selbst dann in das Eigenthum des Empfängers übergehen lassen will, wenn etwa von seiner Seite ein Mißverständniß über eine unerläßliche Vorbedingung des Geschäftes vorliegen sollte, so veranlaßt mich

---

[1]) Wenn ich z. B. einem Haussohne etwas geschenkt habe, so kann ich es, falls er später undankbar ist, klagend zurückfordern, war es aber geliehen, dann ist dies nicht möglich. Man denke ferner an die querela inofficiosae donationis, die Collationsvorschriften u. dergl. mehr.

doch nichts zu einer gleichen Rücksicht bei einem bewußten Widerspruche des Mitcontrahenten gegen meine Absichten. Wenn der Oblat das Angebotene nicht unter den Bedingungen des Angebots haben will, so darf er es nicht entgegennehmen, noch weniger es ungestraft an Dritte weiterveräußern, bevor wenigstens nach seiner Meinung eine volle Einigkeit zwischen uns erzielt worden ist.

Das Einzige, was hier Befremden erwecken könnte, ist, daß der Prätor dieser Civilrechtsconsequenz durch eine exceptio doli die Spitze abbricht. Den Grund dieses Verhaltens kann man nur verstehen, wenn man in das volle Menschenleben, aus welchem heraus der römische Prätor seinen Beruf auszuüben pflegte, hineingreift.

Wer jemals Gelegenheit hatte, Bettelbriefe in größerer Anzahl zu lesen, der weiß, daß sich bei solchen Correspondenzen ein gewisser Sachverhalt fast stereotypisch wiederholt. Zuerst erfolgt eine Schilderung der erlittenen Noth, dann die Sendung des Wohlthäters, endlich die Antwort des Empfängers, er wolle das Geld nicht geschenkt haben, sondern nur als Darlehn behalten. Sollte wirklich einmal das Geld dieser Antwort beiliegen, dann ist ihr Inhalt ernst zu nehmen, in dem anderen Falle, demjenigen unserer lex 18 pr., weiß der Wohlthäter, wenn er Erfahrungen hinter sich hat, daß jene Antwort nur eine verschämte Schenkungsannahme ist, deren Einkleidung in die Darlehnsofferte nicht den Zweck hat, in dem Wohlthäter eine ernstliche Hoffnung auf Rückerstattung zu erwecken, sondern vielmehr nur, dem Empfänger das Beschämende seiner Lage zu erleichtern. Die Maske des Darlehnssuchers soll das Bettlergewand verhüllen.[1])

---

[1]) Vgl. Lessing, Nathan der Weise, zweiter Aufzug, neunter Auftritt: „Borgen ist viel besser nicht als betteln".

Das Civilrecht war ein pedantisches Bauernrecht und hielt daher auch hier die Contrahenten beim Wort, indem es eine Bereicherungsklage wegen des grundlos verzehrten fremden Eigenthums gab, der Prätor aber, welcher das Recht der Weltstadt Rom repräsentirt, besaß Menschenkenntniß genug, um eine conventionelle Redensart als dasjenige zu behandeln, was sie war, und demgemäß auch praktisch zu behandeln. [1])

§. 20.

Der einseitige, nicht erkennbare Irrthum bei zweiseitig belastenden Geschäften.

Die Gleichgültigkeit des in der Titelüberschrift angedeuteten Irrthums in dem Falle zweier ihrem Sinne nach übereinstimmenden Erklärungen ist bereits durch so viele Gründe erwiesen worden, daß es sich hier nur um eine kleine Nachlese handeln kann, zunächst um eine Abfertigung einiger wenigen von den Gegnern mit Unrecht citirten Stellen, [2]) welche lediglich der Uebersichtlichkeit halber bisher unerwähnt geblieben sind. Es sind dies Stellen, welche in einzelnen Fällen einen gewissen animus, eine gewisse mens, wohl auch ein cogitatum, bisweilen eine affectio,

[1]) Darum durfte auch der Empfänger des Geldes, obwohl er sich scheinbar mit der Erklärung des Offerenten in Widerspruch gesetzt hatte, doch annehmen, daß dieser den wahren Sachverhalt durchschaute und, da er das Geld nicht zurückverlangte, mit der Consumption desselben durch den Empfänger zufrieden war. So erklärt sich das: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Das quare bezieht sich auf das condictione teneatur. Eine ähnliche Durchbrechung der civilrechtlichen Consequenz durch den Prätor finden wir in der lex 25 dig. de donat. 39, 5.

[2]) Namentlich von Zitelmann, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16, S. 422 ff.

öfters ein propositum, mit einem Worte also „den Gedanken, daß etwas geschehen soll“ als eine unerläßliche Vorbedingung von Vertragswirkungen erwähnen. Wie es mit dieser Betonung von Seelenzuständen sich verhält, wurde schon oben an dem Beispiele voluntas[1]) und auch im allgemeinen durch die Klarlegung der dualistischen Bedeutung psychologischer Terminologieen erläutert (§. 3). Sowohl für die deutsche wie für die römische Sprache gelangten wir zu dem Satze:

> Die Eigenschaft einer sinnlich wahrnehmbaren Aeußerung (declaratum), den Anschein zu erwecken, daß eine gewisse Seelenregung ihres Verfassers durch sie erkennbar gemacht worden sei, benennt man mit dem für die Seelenregung selbst bestimmten Namen.

Daher heißt also auch animus, mens, propositum und dgl. bisweilen „der in einer oder mehreren Erklärungen enthaltene Gedanke, daß von dem oder den Erklärenden etwas beabsichtigt sei.“[2]) Dies kann es bedeuten, und es muß diesen Sinn überall da haben, wo die Uebersetzung dieser Worte, auf innere den Erklärungen vorangegangene Seelenregungen bezogen, zu einem sinnlosen Ergebnisse führen müßte. Dies ist aber überall da der Fall, wo an diesen oder jenen animus Vertragswirkungen angeknüpft sind, ohne daß des Erfordernisses einer Erklärung besonders Erwähnung geschieht; dort muß dieses Erforderniß eben schon in dem Worte animus ausgedrückt sein.

---

[1]) Bd. I, S. 36 ff., 73 ff. Vgl. auch noch die lex 7 dig. mand. 17, 1. (Zitelmann, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 428), in welcher das voluerit gleichfalls nur auf eine Erklärung bezogen werden kann.

[2]) Diese Doppeldeutigkeit psychologischer Ausdrücke kann man allenfalls als eine Seltsamkeit der römischen Sprache, nicht aber als eine solche der Jurisprudenz ansehen (vgl. Zitelmann a. a. O., S. 426). Auch im Deutschen wiederholt sie sich. In der dritten Bitte des Vaterunsers bedeutet z. B. Wille so viel wie Befehl.

So zunächſt in der lex 3, §. 1. dig. de oblig. et action. 44, 7. (Paulus):

> non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio nascatur.

Der animus kann hier nicht die zwei inneren animi der beiden bezeichnen, ſondern nur den Sinn der abgegebenen Erklärungen; denn die Stelle zählt mit ihrem non solum sed etiam die Vertragserforderniſſe vollſtändig auf. [1])

Ganz ebenſo verhält es ſich mit der l. 44. dig. pro socio 17, 2. (Ulpianus):

> Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis; [2])

und auch mit der lex 22. dig. de praescriptis verbis 19, 5. (Gajus):

> Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quodsi neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet,

---

[1]) Das hoc animo überſetzt man hier am beſten mit „in dem Sinne". In der l. 20 pr. dig. de acquir. her. 29, 2 werden dagegen wohl dieſelben Worte auf die innere Abſicht zu beziehen ſein, was in der lex 3, §. 1 cit. eben nicht möglich iſt.

[2]) Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 424.

quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.

Wenn es fernerhin in der l. 28, §. 1. dig. de verborum significatione 50, 16. (Paulus) heißt:

> Oratio, quae neque conjunctionem neque disjunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel disjuncta vel conjuncta accipitur,[1])

so kann hier mens nur den erkennbaren Sinn der Erklärung bedeuten. Wer sollte wohl dem Empfänger einer Erklärung zumuthen, sie aus Gesichtspunkten aufzufassen, welche ihm nicht erkennbar sind?

Daß auch das Wort propositum als Ausdruck eines wirklich proponirten Geschäftsinhaltes, nicht aber als Bezeichnung des inneren Willens[2]) auftritt, wird uns nicht verwundern. Es ergiebt sich dies namentlich aus der l. 15, §. 2. dig. de contrahenda emptione 18, 1. (Paulus):

> Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire.

Ein bloßes inneres richtiges propositum würde die nichtige Erklärung sicherlich nicht geheilt haben. Ebenso verhält es sich mit der l. 60, §. 6. loc. 19, 2. (Labeo):

> Locator horrei propositum habuit, se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret tuas res inferri, passus est. Proinde eum

---

[1]) Auch auf diese Stelle legt Zitelmann (Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 424) Gewicht.

[2]) wie Zitelmann bei der l. 15, §. 2 dig. de contr. empt. 18, 1 a. a. O. annimmt.

futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur [1])

Ein unbedingtes Analogon der voluntas, mens und des animus, propositum contrahentium (nicht contrahentis) ist auch die beiderseitige affectio in der l. 31. dig. pro socio 17, 2. (Ulpianus):

.... communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem.

Man hat ferner noch Gewicht gelegt [2]) auf die l. 9, §. 3. dig. de transact. 2, 15. (Ulpianus):

Ei qui nondum certus ad se querellam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit, tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur. his tantum transactio obest, quamvis major annis viginti quinque eam interposuit, de quibus actum probatur. nam ea, quorum actiones competere ei postea conpertum est, iniquum est peremi pacto. id de quo cogitatum non docetur, (hierzu ist wohl zu ergänzen: non perimitur. Etwas anders, aber im Sinne übereinstimmend Mommsen.)

---

[1]) Gothofredus (Dionysii Gothofredi opera Amstelodam. 1663. ad hanc legem sub voce propositum nota 48) bemerkt hierzu: Ne dixeris propositum in mente retentum, (ut post Cynum putat Bartolus). Quis enim est tam stupidus, qui putet tacitam contrahentis cum aliquo voluntatem in contractibus spectandam esse. Propositum hic significat proscriptum in horrei foribus). Der Verf. verdankt dieses Citat einer Mittheilung des Herrn studiosus Kipp aus Hannover und benützt diese Gelegenheit, demselben Herrn auch für die freundliche Anfertigung des Druckfehlerverzeichnisses und des Quellenregisters seinen besten Dank hierdurch auszusprechen.

[2]) Zitelmann a. a. O., S. 425.

Daß hier das cogitatum nicht einen Gedanken des einzelnen Contrahenten bezeichnet, sondern die in den beiden Erklärungen enthaltene Idee, wird durch die Identificirung des cogitatum mit dem inter eos actum genugsam erwiesen.

Schließlich hat man wirklich von der Gegenseite her sogar die lex 12. dig. eod. 2, 15 citirt, in welcher Celsus mit gewohnter Energie anhebt:

> Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit.

Es war dies sicherlich unvorsichtig, denn der Citirende hätte befürchten sollen, daß der Leser, falls er etwa ein Mensch von Celsinischen Umgangsformen wäre, auf dieses Citat mit den Anfangsworten der Stelle würde antworten können.[1])

Endlich beruft man sich auch noch darauf, daß heredes necessarii, wenn sie unter der Bedingung „si voluerint" eingesetzt sind, nach erfolgtem Antritte das beneficium abstinendi nicht benützen können, weil sie jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes exstiterunt.[2]) Daß hier jedoch das sua sponte in keiner Weise die Abwesenheit eines Willensmangels, sondern lediglich diejenige äußerer zur Erbschaftsannahme drängender Umstände andeutet, bedarf keiner besonderen Ausführung.

Wir sahen also, daß alle diejenigen Stellen, welche anscheinend auf psychologische Thatbestände Gewicht legen, bei einer näheren Betrachtung ihres Zusammenhanges eine der Ansicht der Gegner ungünstige Auslegung ergeben.

---

[1]) Vgl. über diese Stelle auch noch Hartmann, Jahrb. für Dogm., Bd. 20, S. 55.

[2]) l. 87 (86), §. 1. dig. de hered. instit. 28, 5, citirt von Zitelmann, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 424.

Allein noch nach einer anderen Richtung hin ist eine Nachlese zu halten. Es ist von Bähr[1]) darauf hingewiesen worden, daß es gewisse Vertragserklärungen giebt, welche wirken, obwohl der auf ihren Inhalt gerichtete Vertragswille zwischen der Abgabe der Erklärung und dem Augenblicke, in welchem sie erst rechtliche Wirkungen nach sich ziehen konnten, durch Widerruf oder Tod in Wegfall gekommen ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn jemand einem andern eine Anweisung giebt, mit einem Dritten im Namen oder für Rechnung des Anweisenden zu contrahiren, und diese Anweisung widerruft oder stirbt, ohne daß Widerruf oder Tod vor dem Abschlusse des Contractes zwischen dem Dritten und dem Angewiesenen diesem zur Kenntniß kommt.[2])

Es ist streitig, ob diese Entscheidungen Singularitäten sind oder Anwendungen allgemeiner Rechtsgrundsätze, eine Frage, die für die Feststeckung des zweifelhaften Umfanges dieser Bestimmungen von großer Bedeutung ist.[3])

---

[1]) Dogmat. Jahrb., Bd. 14, S. 401 ff. Vgl. dagegen Windscheid, Archiv, Bd. 63, S. 95, und Mommsen, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, 1879, S. 113 ff. Gegen Mommsen der Verf. in der Zeitschrift f. Handelsr., Bd. 26, S. 284 ff., und Hartmann, Jahrbücher für Dogmat., Bd. 20, S. 58 ff. Vgl. auch Zimmermanns stellvertretende negot. gestio, 1876, §. 20, S. 286—300.

[2]) l. 12, §. 2, 18, 32 in fine. l. 34, §. 3, 35, 38. §. 1, 51. dig. de solut. 46, 3. l. 26, §. 1. dig. mand. 17, 1. l. 19, §. 3. dig. de donat. 39, 5. l. 26, §. 8. dig. de cond. indeb. 12, 6. l. 1, §. 5. dig. de exercit. act. 14, 1. §. 10. inst. de mand. 3, 27. c. 3. Cod. de solut. 8, 42 (43). Vergl. Windscheid im Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 63, S. 95. Diese Wirkung trat übrigens nicht durchweg ipso jure ein; vgl. l. 38, §. 1. cit. de solut. 46, 3.

[3]) Daß diese Vorschriften als utilitatis causa eingeführt auftreten, beweist darum nichts für deren Singularität, weil ja das gesammte jus privatum ad singulorum utilitatem spectat. (A. M. Mommsen a. a. O., S. 118.)

Man würde sich die Beantwortung dieser Frage sehr erleichtert haben, wenn man die letztere ein wenig allgemeiner gestellt hätte, etwa in folgender Art:

> Kann eine Vertragserklärung, welche im voraus abgegeben ist, noch ehe sie wirksam werden konnte, [1]) dadurch bedeutungslos werden, daß zwischen der Abgabe und dem Augenblicke, in welchem die Erklärung wirksam werden sollte, der Wille des Erklärenden durch Tod oder Widerruf weggefallen ist, ohne daß dies dem Empfänger der Erklärung erkennbar war?

Der Kaufmann X offerirt dem Y, von welchem er weiß, daß er erst nach vier Tagen von einer Reise zurückgekehrt sein kann, dadurch, daß er in dessen Wohnung einen Brief hinterlegt, ein bedeutendes Handelsgeschäft. Tags darauf bereut er es und beauftragt seinen Freund, ihn am nächsten Tage daran zu erinnern, daß er den Antrag widerrufen wolle. Sowohl der Freund, als er selbst sind vergeßlich; der Widerruf unterbleibt. Y findet nur die Offerte vor und acceptirt.

Hier werden selbst die Anhänger der Bedeutsamkeit des inneren Willen sicherlich eine Inconsequenz einer falschen Entscheidung vorziehen, d. h. den Vertrag für gültig halten wollen.

Was hier von dem Widerruf gelten soll, muß auch von dem Tode gelten, und was von der Offerte gesagt ist, gilt auch von der

---

[1]) z. B. eine Offerte, die ich jemandem schon heute zusende, obwohl er erst übermorgen von einer Reise zurückkehrt, und welche er also erst dann acceptiren kann, oder auch eine Servitutbestellung seitens eines Miteigenthümers, welche erst wirksam wird, wenn auch die anderen zustimmen (l. 18. dig. communia praedior. 8, 4), desgl. die Wahlerklärung seitens des einen mehrerer Wahlberechtigten, welche erst mit der Zustimmung des anderen wirksam wird (l. 8, §. 2. dig. de optione legata 33, 5).

Vollmachtserklärung. Diese letztere ist bei Offerten, welche der Stellvertreter macht, nichts als die im voraus in blanco ausgestellte Offerte selbst.[1])

Wo jedoch der Stellvertreter eine Offerte acceptirt, also selbst die bindende Vertragserklärung nicht etwa nur nach ihrem Inhalte näher ausfüllt, sondern allein abgiebt,[2]) da ist die Vollmachtserklärung des Principals ein wahrer jussus,[3]) d. h. eine neben der Erklärung des Vertreters stehende Erklärung des Vertretenen an den dritten Mitcontrahenten, daß das Geschäft für den Vertretenen gelten solle. Dieser jussus kann direct an den Dritten gerichtet sein, der Stellvertreter kann ihn auch bei der Abgabe der Vertragserklärung überbringen;[4]) in beiden Fällen

---

[1]) Den Beweis siehe in §. 7.

[2]) Vgl. Thöl, Handelsrecht, §. 70.

[3]) Vergl. über den Begriff des jussus und seinen Unterschied vom Mandate namentlich Paul Gide, études sur la novation, Paris 1879, S. 465 ff., woselbst es (S. 476) heißt, jussum und mandatum seien, wo sie zusammentreffen, nur juxtaposés, mais non confondus. Vergl. auch Kohler, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 116, und vornehmlich Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht, Band X, 4, auch Windscheid, Pand., §. 74, Anm. 1a. und Eisele, Cognitur u. Procuratur, 1881, S. 128 ff.

[4]) Er ist dann hinsichtlich des jussus blos Bote, hinsichtlich der Acceptation gegenüber dem Dritten Vertreter, hinsichtlich des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Miethe- oder Mandatsvertrages Selbstcontrahent. Um die Unterscheidung der drei Beziehungen zwischen Stellvertreter und Stellvertretenen, Stellvertreter und Dritten, Vertretenen und Dritten hat sich namentlich Thöl, Handelsr., §. 69, 70, 6. Aufl., S. 228 ff., vor allen verdient gemacht. Der Verfasser weicht nur scheinbar insofern ab, als er die Verhandlung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten nicht für einen Vertragsschluß, sondern für eine einseitige Erklärung hält, was ja auch Thöl a. a. O., S. 233, nicht bestreitet, da er den Vertrag „nur was die Erfüllung betrifft" für einen Vertrag des dominus hält, also hier unter Vertrag nicht den Vertragsschluß, sondern die Vertragswirkung versteht.

ist er für die Verpflichtung des Vertretenen eine unerläßliche Vorbedingung, also eine die Vertragswirkung miterzeugende Erklärung. Ist sie also einmal erst, wenn auch nur im voraus, vom Vollmachtgeber an den Dritten gelangt, so kann der Tod oder Widerruf hieran nur dann etwas ändern, wenn er dem Dritten rechtzeitig bekannt wird.[1]) Dabei ist es ganz gleichgültig, ob die im voraus geschehene Vollmachtserklärung von dem Vollmachtgeber direkt oder durch die Hand des Vertreters an den Dritten gelangt ist. Wer daher z. B. durch seinen Dienstboten einem Kaufmann sagen läßt, daß er sich von jetzt ab allen von diesem Dienstboten in seinem Namen abzugebenden Erklärungen einer gewissen Art unterwerfe,[2]) der haftet aus solchen Erklärungen des Dienstboten später selbst dann, wenn er diesem inzwischen den Auftrag zu denselben aufgekündigt hatte, falls es nicht zu der Kenntniß des Dritten gekommen war, daß die Vollmacht nicht mehr gelten solle.[3])

arg. l. 11, §. 2. dig. de institoria actione 14, 3. (Ulpianus):

> De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur. non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si

---

[1]) Sonst würde der Werth aller im voraus gegebenen Erklärungen illusorisch sein. Man könnte sich auf sie immer nur dann verlassen, wenn man genau wüßte, daß der Erklärende nicht inzwischen gestorben ist, noch eine Willensänderung Dritten gegenüber erklärt hat. Vergl. auch lex 33. dig. de acquir. poss. 41, 2.

[2]) Nach besonderer Ortsgewohnheit kann dies auch stillschweigend geschehen; vgl. überhaupt Mommsen a. a. O., S. 117 ff.

[3]) In solchem Falle ist der Mandatsvertrag zwischen Principal und institor aufgehoben, d. h. keiner von beiden hat aus diesem Vertrage Rechte, nicht aber ist die vom Principal an den Dritten gerichtete Vollmachtserklärung weggefallen. Der Dritte hält sich nur an diese, die Beziehungen zwischen Vertreter und Herren sind ihm gleichgültig.

quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione.

Das ist eben nichts als die Anwendung einer durchgreifenden Regel für alle im voraus abgegebenen Vertragserklärungen.[1]) Indem man es als eine singuläre Rechtswohlthat, die im Interesse des redlichen Dritten gewährt sei, auffaßte, kam man dahin,[2]) diese Entscheidungen in ebenso quellenwidriger wie unangemessener Weise zu verallgemeinern. Man will nämlich vielfach dem Dritten auch dann Rechte gegen den Vollmachtgeber gewähren, falls ersterem eine von letzterem verfaßte Vollmachtsurkunde ohne oder sogar wider den Willen des Ausstellers von dem Vertreter mißbräuchlicher Weise übermittelt worden ist, obwohl der Vollmachtgeber dies verboten hatte. Allein die Interessen des „redlichen Dritten" oder des in der Maske der Redlichkeit dahinwandelnden Genossen des verübten Unrechtes sind hier so wenig wie sonst das allein nach römischem Rechte Ausschlaggebende.[3]) Wenn z. B. der Zwillingsbruder meines bevollmächtigten Vertreters, welchen der Dritte von letzterem schlechterdings nicht unterscheiden kann, in meinem Namen ohne meinen Willen contrahirt, so trägt der Dritte den Schaden, nicht ich. Und ebenso verhält es sich, wenn ein Mensch, welchen ich in vielen Fällen mit Specialvollmachten ausstatte, es sich anmaßt, in einem anderen Falle eine Vollmachtserklärung dem Dritten ohne Auftrag als von mir er-

[1]) Man könnte den jussus ebenso wie die Kündigung und die Mahnung in besonderem Sinne „Hülfsgeschäfte" nennen, weil sie keine besondere materielle causa haben, sondern nur dazu dienen, die Verwirklichung anderer Geschäftsschlüsse oder Geschäftsdurchführungen zu unterstützen.

[2]) Abhängig von einer Tagesströmung, welcher sich entgegengestellt zu haben Windscheids Verdienst ist (Archiv für civilist. Praxis, Band 63, S. 89). Selbst Mommsen (a. a. O., S. 120) hält hier nicht strenge genug daran fest, daß man ohne Erklärung nicht haftet.

[3]) Bd. I, S. 130, S. 268, Anm. 1.

theilt zu bestellen oder, was durchaus dasselbe ist, eine widerrufene Vollmacht noch weiterhin als eine noch bestehende auszugeben. Ob er dabei eine Urkunde, welche ihm General- oder Specialvollmacht ertheilte, noch immer von früher her in den Händen hat, ist gleichgültig; denn der Principal kann ihm jene Urkunde nicht abnehmen, wenn er betrüglicher Weise behauptet, er habe sie verloren, und ein Aufgebotsverfahren zur Warnung Dritter steht dem Principal nicht zu Gebote. Solche Urkunde beweist auch gar nichts; sie ist zwar ein declaratum, ihre Ausstellung ist aber kein declarare,[1]) d. h. keine verpflichtende Erklärungshandlung. Hart ist es freilich für den Dritten, in einer solchen Weise betrogen zu werden, allein hier soll das Strafrecht Abhülfe schaffen, und wenn eine schwachherzige Handhabung des Strafgesetzes dies nicht thut, so kann es nicht die Aufgabe des Civilrechtes sein, helfend einzugreifen und zum Schutze der Dritten die berechtigten Interessen der Principale zu opfern. Sehr mit Unrecht und nicht zum Vortheile dieser Lehre hat man diese Frage, in wie weit die Vollmachtserklärung ohne Vollmachtswillen fortdauere, vermischt mit der anderen, in welchen Fällen der Vollmachtswille ausnahmsweise sich auch auf die Zeit nach dem Tode des Vollmachtgebers erstreckt und dieses auch thun kann.[2]) Eine solche abnorme Ausdehnung findet dann Statt, wenn ein institor[3]) sich, wozu er nicht verpflichtet ist, auch nach

[1]) Vgl. oben Bd. I, S. 62 ff.

[2]) Die Möglichkeit, Vollmachtserklärungen und Mandatsverträge nach heutigem Rechte auch für die Zeit nach dem Tode bindend zu gestalten, hätte in Anbetracht des Umstandes, daß Justinian die stipulationes und promissiones post mortem zugelassen hat (§. 13. inst. de inutil. stipul. 3, 19. cst. 11. Cod. de contr. et comm. stip. 8, 37 (38), nicht verneint werden sollen.

[3]) Von Specialvertretern gilt dies nicht (vgl. l. 33. dig. de acquir. poss. 41, 2).

dem Tode des Principals, der vernachlässigten hereditas jacens annimmt;[1]) er handelt damit nur in dem Sinne der richtig ausgelegten Vollmachtstheilung, und auch schon das klassische Recht ließ derartige Vollmachten post mortem ausnahmsweise zu. In diesem Sinne könnte man wohl auch die berüchtigte lex 57. dig. mandati 17, 1. (Papinianus) erklären und dabei die Möglichkeit gewinnen, den bewährten Text der Florentina dem Mißverständnisse der Basiliken vorzuziehen. Die Stelle lautet:

> Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. quoniam tamen heredes ejus errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non utiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno damus.[2])

Der Fall ist, in das heutige Recht übertragen, etwa folgender: Ich habe einem Agenten den Auftrag gegeben, ein in meinem publicianischen Rechte stehendes Pferd zu verkaufen. Dieser stirbt, und die Mandatsobligation, welche zwischen mir und ihm bis dahin besteht, erlischt, d. h. die Erben sind mir zu einem Verkaufe nicht mehr verpflichtet. Auch der Auftrag, mein Einverständniß mit

---

[1]) l. 17, §. 3. dig. de instit. act. 14, 3. Die Stelle bedarf daher nicht, wie Mommsen a. a. O., S. 117, Anm. 11, meint, einer Emendation, sofern man das argumentum e contrario aus der l. 5, §. 17. dig. eod. 14, 3 mit dem Verf. nicht für zwingend hält.

[2]) Vgl. statt vieler Savigny, System, VII, S. 292, den Vertreter der entgegengesetzten Auslegung, auch Huschke, Das Recht der publician. Klage, S. 85 ff.

einem etwaigen Kaufe Dritten mitzutheilen, ist weggefallen, und wenn die Erben des Agenten, des Sachverhaltes kundig, dennoch dem Dritten erklärt hätten, daß ich mit dem Verkaufe einverstanden wäre, so würden sie die Unwahrheit gesagt und durch Fortgabe meines Pferdes eine Unterschlagung begangen haben. Wenn sie jedoch in gutem Glauben das Geschäft, welches der Agent zum Gegenstande seiner Bemühungen gemacht hatte (suae curae fecerat), zu Ende führen und demnächst erklären, daß sie das Pferd veräußern dürfen,[1]) so übertragen sie, wenn ich publicianischer Besitzer war, das volle publicianische Recht, so daß die Käufer demgemäß das Pferd ersitzen können. Wollte ich aber etwa trotzdem (so erklärt sich das sed) den Kauf später mit der actio Publiciana anfechten, weil die Sache nicht habe usucapirt werden können, so wird mir dies nichts helfen, da der Verkauf des Pferdes durch die Erben als ein genügender Usucapionstitel erscheint und der Umstand, daß die Vertreter zu dem Verkaufe keinen Auftrag hatten noch haben wollten, sondern nur irriger Weise eigenes Eigenthum, bezw. publicianisches Recht hatten veräußern wollen, dem Dritten nichts schaden kann; denn er hatte sich mit einem ehrlichen Menschen eingelassen (certi hominis fidem elegit) und durfte daher annehmen, daß alles bei dem Verkaufe in Ordnung sei.

Der am Schlusse der Stelle erwähnte Grund läßt vermuthen, daß der redliche Erwerber auch dann geschützt sein würde, wenn ich, der Auftraggeber, nicht blos ein publicianisch Berechtigter, sondern Eigenthümer gewesen wäre, indem hier nach dem ver-

---

[1]) Diese Erklärung ist die im Verkehre bei Stellvertretern gewöhnliche. Sie lautet in extenso: Ich stehe Dir dafür ein, daß Dir das Pferd in gültiger Weise übergeben wird, nämlich entweder aus meinem Eigen oder aus fremden mit Vollmacht des Eigenthümers und lasse dabei die Dir uninteressante Frage, welcher dieser beiden Fälle vorliegt, unbeantwortet.

muthlichen Willen des Mandanten, welcher als diligens paterfamilias bei seinen Wünschen auch an die Interessen der Allgemeinheit dachte, der Auftrag für den Fall des geschilderten Irrthums der Erben den Tod des Mandatars überdauern sollte, um nicht die Käufer zu schädigen. Anders, wenn die Erben animo furandi handelten. Hier würde den Dritten das Strafgesetz zur Genüge schützen, und der venaliciarius würde non inutiliter klagen.[1])

Nur mit einem Worte sei noch der Mentalreservation gedacht.[2]) Daß ihre Unerheblichkeit nicht nach der hier vertretenen Ansicht, wohl aber nach der Lehre von dem „inneren Willen" einer besonderen Rechtfertigung bedarf, ist oft erwiesen worden.

Nach der üblichen Lehre ist sie wiederum eine singuläre Ausnahme. Mag immerhin „keine Regel ohne Ausnahmen" sein, so ist es doch auffallend, daß die herrschende Lehre mit Ausnahmen förmlich gespickt ist, so daß von ihr fast nichts mehr übrig bleibt. In dieser höchst verzwickten und verkünstelten Theorie erscheinen neben einer Grundregel, welche in ihrem Inhalte schwer begreiflich ist, eine Reihe angeblicher Singularitäten, welche sich unserem legislatorisch-politischen Verstande als selbstverständliche Sätze empfehlen. Daß die Mentalreservation nicht gilt, soll z. B. eine singuläre Strafbestimmung sein, daß man sein gegebenes Wort nicht brechen darf, eine Ausnahme für Vollmachten und Assignationen, wobei man schlechterdings nicht weiß, wie weit

---

[1]) In ähnlicher Weise wird überhaupt die Unersitzbarkeit der res furtivae mit Recht erklärt.

[2]) Vgl. über diese Lehre Savigny, System, Bd. III, §. 134, nota a. Röver a. a. O. S. 49 ff. Kohler, Dogmatische Jahrbücher, Band 16, S. 91 ff., S. 325 ff. Windscheid, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 63, S. 96. Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 18, S. 176. Zitelmann, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 403. Hartmann, ebenda, Bd. 20, S. 8, S. 39 ff.

diese Ausnahme reicht. Dabei soll wenigstens bei schuldhafter Erklärungsentstellung eine Haftpflicht vorliegen, von der man wiederum nicht weiß, worauf sie geht und ob bei ihr culpa lata und dolus einander gleichstehen. Schließlich soll noch der Richter die Befugniß haben, durch eine ungesetzliche Beweisvertheilung die Macht der Rechtsregel zu beugen. Mag die herrschende Lehre immerhin noch eine Zeit lang als Irrlicht die Mehrheit der Juristen in jenes Terrain von Wolfsgruben und Fallstricken hineinlocken, es muß schließlich doch dahin kommen, daß man, wenn nicht aus Wahrheitsliebe, so doch aus Eigennutz den wohlgepflasterten Weg, welchen die quellenmäßige und richtige Ansicht bildet, vorziehen wird.

§. 21.

Die ausnahmsweise Erheblichkeit des einseitigen nicht erkennbaren Irrthums bei einseitig belastenden und Familienrechts-Verträgen.

Schon im ersten Bande (§. 13) wurde ausgeführt, daß die Lehre von der Bedeutsamkeit des sog. inneren Willens gegenüber einer abweichenden Erklärung in gewissen Ausnahmefällen richtig ist, d. h. daß gewisse Erklärungen selbst in Verbindung mit entsprechenden Erklärungen von der Gegenseite dann wirkungslos bleiben, wenn der Sinn einer solchen Abrede etwas anderes enthält als das Gewünschte,[1]) oder wenn das Erklärte nur unter der unerläßlichen Vorbedingung eines irriger Weise vorausgesetzten Umstandes gewollt ist.

Dies ist auch — was bisher noch nicht erwähnt ist, aber

[1]) Das ist der Fall bei Entstellungen der Erklärung in der Außenwelt (s. §. 17).

unbedenklich sein dürfte — insofern der Fall, als rein vortheilhafte Vertragswirkungen, z. B. Erwerb eines Geschenkes, unmöglich dem durch sie Begünstigten aufgedrängt werden können. Will er sie nicht haben, so fallen sie ihm nicht zu, selbst wenn er etwa eine unpassende Erklärung abgegeben haben sollte.

So erklärt sich das Wort opinio [1]) in der schon oben (§. 19 a. E.) besprochenen l. 18. pr. dig. de reb. cred. 12. 1. (Ulpianus):

> Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse ..... et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.

Diese letzteren Worte bedeuten „in einer anderen Meinung, als in derjenigen, daß sie nunmehr sein Eigen geworden seien". [2]) Zergliedert würde diese opinio etwa folgenden Inhalt haben: „Ich lehne das Schenkungsangebot ab, mache Dir ein Darlehnsangebot und behalte die Dir gehörigen Münzen vorläufig in der Hoffnung, daß das Darlehn zu Stande kommen werde, zurück. Bis dahin bin ich bloßer Detentor." [3])

Zu dem soeben ausgeführten selbstverständlichen Rechtssatze

---

[1]) Zitelmann beruft sich also auf dieses Wort mit Recht (Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 425). Was dagegen das tacito intellectu actum der l. 60, §. 3. dig. mand. 17, 1 betrifft, so kann nur darunter ein stillschweigend erklärter Gedanke verstanden sein, nur durch einen solchen kann man Verhandlungen führen (agere). Vgl. oben Bd. I, S. 208.

[2]) So mit Recht Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 533, Anm. Nr. 3), welcher im übrigen in der Zergliederung dieser opinio abweichender Ansicht ist.

[3]) Alles dies gilt natürlich nur vom Standpunkte der Civiljurisprudenz, welche den Empfänger ernstlich beim Worte nahm. Anders der Prätor (vgl. oben §. 19 a. E.).

bildet ein anderer nicht ohne weiteres selbstverständlicher, aber quellenmäßig wohlbezeugter gewissermaßen ein Gegenstück: Die Erheblichkeit des nicht erkennbaren Einzelirrthums bei den einseitig belastenden[1]) Geschäften. Bei den verschiedensten Verträgen dieser Art ist er auf das Unzweideutigste anerkannt, und zwar hat nicht nur dieser Satz, sondern auch sein ausnahmsweiser Charakter einen unverkennbaren Ausdruck gefunden. Vor allem in der mit Unrecht als Ausdruck der allgemeinen Vertragstheorie citirten cst. 2. Cod. de emancipationibus 8, 48. (Diocletianus et Maximianus):

> In emancipationibus liberorum[2]) nec non donationibus, non tam scriptura quam veritas considerari solet.

Wäre diese Betonung des wahren inneren Sachverhalts gegenüber der Erklärung Regel und nicht Ausnahme, so würde das Rescript ebenso lächerlich sein, als ob etwa gesagt wäre: „Trödelverträge und Commodate sind nichtig, wenn ein Contrahent wahnsinnig ist.“[3])

Nur auf diese Weise erklärt sich eine der wichtigsten Stellen der Irrthumslehre, die const. 10. Cod. de donat. 8, 54. (Diocletianus et Maximianus):[4])

---

[1]) Vgl. über diesen Ausdruck Bd. I, S. 263, Anm. 4, und überhaupt S. 263, S. 279, Anm. 12.

[2]) Diese sind als Familienrechtsverträge ausgezeichnet; vergl. Bd. I, S. 264, Anm. 1.

[3]) In der cst. 1. Cod. plus valere 4, 22: In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet hat der Gegensatz von res und scriptura einen anderen Sinn, als derjenige von veritas und scriptura es ist. Hier bedeutet res die äußeren, nicht niedergeschriebenen Erklärungen. Auch das Wort veritas kommt in dieser anderen Bedeutung vor; arg. l. 54. dig. de obl. et act. 44, 7.

[4]) Vgl. Bd. I, S. 152. Windscheid, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 63, S. 87, 93. Pernice, Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 25, S. 130.

Nec ignorans nec invitus [1]) quisquam donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi te consensisse continetur instrumento, majores veritate rei, quam scriptura vires obtinente, intelligis, de quo non cogitasti, nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.

Es wurde schon oben hervorgehoben, daß hier nicht von einer blindlings unterschriebenen Urkunde die Rede ist, sondern von einer solchen, welche in der Voraussetzung unterschrieben wurde, daß sie mit dem — vermuthlich durch Vermittelung eines dolosen oder fahrlässigen Verfassers der falschen Urkunde — Verhandelten übereinstimme. Nichts aber deutet darauf hin, daß der Empfänger der Schenkung die Nichtübereinstimmung des Gewünschten und des Unterschriebenen erkennen konnte; das Gegentheil ist vielmehr das Natürlichere und Wahrscheinlichere. Und trotzdem ist die Schenkung nichtig. Für gewöhnlich motivirt man dies damit, daß ein error in re vorliege. [2]) Allein es ist hier nicht eine andere Sache in die Urkunde eingeschoben als die gewollte, sondern hinsichtlich dieser eingeschmuggelten Sache war die Schenkungserklärung ganz und gar nicht gewünscht, sondern nur in Folge der Unkenntniß dieser Einschiebung abge-

---

[1]) Invitus heißt hier nicht, wie Röver, S. 46 meint, „gezwungen". Die lex 22. dig. de ritu nuptiarum 23, 2 sagt vielmehr, daß der gezwungene Hausſohn nicht als invitus zu behandeln, also an die Ehe gebunden sei. Invitus heißt öfters ein Mensch, welcher sich ganz passiv verhält, also keinerlei Willenserklärung abgiebt, wie aus l. 3 dig. de lege comm. 18, 3. l. 30. dig. de pign. act. 13, 7. l. 65, §. 11. dig. pro socio 17, 2 und aus der veteris cujusdam jureconsulti cons. I. §. 9 klar hervorgeht. Darum läßt sich auch keine dieser Stellen (auch nicht l. 87 (86), §. 1. dig. de her. inst. 28, 5) für die Irrthumslehre verwerthen (a. M. Zitelmann, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 424).

[2]) So z. B. Windscheid, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 63, S. 87, 93.

geben. Es liegt also hinsichtlich dieser Sache genau so, als ob jemand bei dem Unterschreiben mehrerer Urkunden einen Vertrag zu viel unterschrieben hätte. Auch wird die Nichtigkeit des Geschäftes nicht auf die Art des Irrthumes gegründet, sondern auf den allgemeinen Satz:

Nec ignorans nec invitus quisquam donat,

d. h.: „die lediglich durch einen Irrthum bestimmte Schenkungserklärung ist ebenso wirkungslos[1]) als gar keine." Es wurde dies schon oben damit motivirt, daß Schenkungserklärungen im Zweifel als unter den dem Empfänger ungünstigsten Bedingungen gemacht gelten, woraus sich z. B. auch die Nichthaftung für Eviction und manches andere erklärt. Während nämlich bei lästigen Verträgen jeder die lex contractus durch gegenseitiges Entgegenkommen mit dem Mitcontrahenten verabredet, kann der Schenker sie im wesentlichen diesem dictiren. Die Berücksichtigung einseitiger und sogar nicht erkennbarer Beweggründe, welche man sonst dem Mitcontrahenten in Rücksicht auf das allgemeine Verkehrsinteresse[2]) billiger Weise nicht ohne weiteres zumuthen darf, kann der Schenker als selbstverständlich der Vertragsnorm eingefügt betrachten.[3])

---

[1]) Vergl. auch das aliter non daturus der l. 2, §. 7. dig. de donat. 39, 5 und überhaupt Bd. I, S. 263, Anm. 5.

[2]) Daß diejenigen Grundsätze, welche vornehmlich dem Verkehrsinteresse dienen, bei Schenkungen unangewendet bleiben, ist bekannt. Vgl. Windscheid, Pand., §. 355, nota 9. Kohler, Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 131. l. 2, §. 3. dig. de donat. 39, 5. lex 7. pr. de doli mali exc. 44, 4. Auf Voraussetzungen oder richtiger Erwartungen künftiger Erfolge bezieht sich das im Texte Gesagte natürlich nicht. l. 3, §. 7. dig. de cond. c. data 12, 4.

[3]) Zu demselben Ergebnisse, welches der Verf. den Quellen entnimmt, gelangt Hartmann (Dogmat. Jahrb., Bd. 20, S. 42) von dem Princip der bona fides aus: „Ingleichen wird der Umstand, daß der in Frage stehende Anspruch auf einen rein lukrativen Rechtsgrund sich stützt und die

Es ist daher höchst charakteristisch, daß die Quellen, während sie sonst, wie wir sahen, stets vom animus contrahentium sprechen (vgl. namentlich §. 20) und es dadurch zweifellos machen, daß ein nicht beiderseits anerkannter Gedanke gleichgültig ist, bei Schenkungen ungescheut von der mens und dem animus des Schenkers als dem Ausschlaggebenden reden. Mit Recht citirt daher zum Beweise der Bedeutsamkeit des Einzelwillens Zitelmann[1]) die lex 1. pr. dig. de donationibus 39, 5. (Julianus):

> Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti,

und auch die lex 49 dig. de acquir. rer. dominio 41, 1. (Paulus):

> Quod („fructuario servo" inserit Krüger) fructuarius ex re sua donat, ex re ejus est: sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominium pertineat, dicendum est illi adquiri.

Nur darf man nicht übersehen, daß hier das Recht der Schenkung nicht das allgemeine Recht der Verträge ist.[2])

Aufrechterhaltung einer positiven Bereicherung bezweckt, schon an sich die voluntatis quaestio motiviren können. Steht es doch mit aller Aequität im directesten Widerspruch, daß der Empfänger der Wohlthat den Wohlthäter rigoristisch beim Worte halte, auch wo erweislich das Wort von der inneren Absicht verlassen ist."

[1]) Dogm. Jahrb., Bd. 16, S. 424.

[2]) Auch Röver (S. 47) übersieht dies und weiß sich die l. 10. Cod de don. 8. 54 (S. 45, 46) nur aus der Gedankenlosigkeit der römischen Juristen zu erklären, ein Mittel der Exegese, welches zur Zeit sehr in der Mode, aber wegen seiner großen Bequemlichkeit recht bedenklich ist. Die l. 20. dig. de rebus cred. 12, 1, welche Röver bei dieser Gelegenheit als abschreckendes Beispiel römischer unbegreiflicher Entscheidungen citirt, erklärt sich sehr wohl daraus, daß Schenkungen schon im klassischen Rechte Beschränkungen nach der lex Cincia wegen der erforderlichen Stipulationsform unterlagen und es eine offenbare Gesetzesumgehung war, wenn jemand, der

Eine Anwendung des soeben erwiesenen Satzes[1]) ist auch darin zu sehen, daß die gleichfalls in wohlthätiger Absicht geschehenden Pollicitationen bei der irrthümlichen Voraussetzung einer unerläßlichen Geschäftsbedingung nichtig sind. Es folgt dies aus der l. 1, §. 1 dig. de pollicitat. 50, 12. (Ulpianus):

.... sin vero sine causa promiserit non erit obligatus.

Einseitig belastende Geschäfte sind nicht blos solche, deren Zweck in einer äquivalentlosen Bereicherung des einen auf Kosten des anderen besteht, sondern auch alle Geschäfte, welche eine besondere Vermögensverschiebung gar nicht bezwecken, sondern die in einem anderen Geschäfte bereits zugesicherte Schuld blos entweder modificiren, ohne deren Werth zu ändern[2]) (Novation), oder verstärkend zu garantiren suchen (Accessorische Versprechen.[3])

Was nun zunächst die Novation betrifft, so entscheidet die lex 5 dig. de transact. 2, 15. (Papinianus):

---

ein Schenkungsversprechen ohne Stipulationsform inter absentes perfect machen wollte, das Geld zuerst — etwa durch constitutum possessorium — dem Begünstigten schenkte, um es sogleich — etwa durch brevi manu traditio — als Darlehn zurückzunehmen. Dann hatte er unter dem Namen des Darlehnsversprechens eine formlose Schenkungsobligation übernommen. Uebrigens scheint man nach der l. 20 cit. in diesem Falle schließlich doch ein Auge zugedrückt zu haben.

[1]) Hesse, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 57, S. 184, Anm. 5, schränkt denselben ohne Grund auf „ausdrückliche" Bestimmungen des Schenkungsvertrages ein.

[2]) Ueber diese Werthsidentität der alten und der neuen Schuld vgl. des Verf. Ausführungen in der Ztschr. f. Hdlsr., Bd. 26, S. 309 ff.

[3]) Man könnte sie mit den bloßen Hülfsgeschäften (Mahnung, Kündigung, erlaubende Zustimmung) als Geschäfte, welche sich auf schon vorhandene Hauptgeschäfte beziehen, zusammenfassen. Ihre causa ist, wie sich namentlich bei den Bürgschaften zeigt, nicht Schenkungsabsicht, sondern Gefälligkeit, bei der Novation daneben vielleicht auch noch ein eigenes, jedoch nicht pecuniär abschätzbares Interesse.

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur.

Hier wird bei dem Worte cogitatum durchaus nicht unterschieden, ob beide oder nur der Schuldner an die fraglichen Forderungen nicht dachten. Es fällt dies um so mehr auf, als bei dem zweiseitig belastenden Geschäfte des Vergleiches das cogitatum des Einzelnen gegenüber der lex contractus auf das Schroffste in der oben besprochenen lex 12 dig. eodem 2, 15 zurückgewiesen wird.[1]) Diese Betonung des einseitigen Willens bei der Novation wiederholt sich bei dem Seitenstücke derselben, dem constitutum:

arg. lex 31 dig. de const. pec. 13, 5. (Scaevola).

Lucius Titius Sejorum debitor decessit: hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret et fecerunt, ut epistulam in eos exponat debitorem sese esse quasi heredem patrui sui confitentem, qui et addidit epistulae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. quaesitum est, cum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit. respondit nec civilem eo nomine actionem competere. sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur.[2])

---

[1]) Der Verfasser hat sich nachträglich davon überzeugt, daß sich das cogitatum der Stelle in dieser Art noch befriedigender erklären läßt, als er es Bd. I, S. 81, versucht hat.

[2]) Vgl. Voigt, Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 54, S. 30. Hesse Dogmat. Jahrb., Bd. 15, S. 83. Bruns, Pandektenfragmente, S. 479, meint, daß hier ein Irrthum über die Bestandtheile des Geschäftes vorliege.

Wenn man hier nicht mit einigem Zwange einen dolus der Gläubiger oder die Setzung einer Bedingung bei dem vorliegenden constitutum annehmen will, so findet man in unserer Stelle die Berücksichtigung eines rein einseitigen Beweggrundes.

Dem constitutum verwandt ist die fidejussio. Auch von dieser gilt der bisher besprochene Satz ganz allgemein:

arg. l. 37 dig. de fidejussoribus 46, 1. (Paulus):

> Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

Jede Auslegung dieser Stelle, welche nicht zugiebt, daß der fidejussor nach derselben wegen eines jeden für ihn den Ausschlag gebenden Irrthumes von der Bürgschaft zurücktreten kann, thut der Stelle Zwang an. Man darf übrigens, um nicht durch diesen Satz zu bedenklichen Folgerungen fortgerissen zu werden, nicht vergessen, daß die Berücksichtigung des Einzelirrthums bei einseitig belastenden Geschäften eine naturgemäße Schranke hat. Irrthümer, deren Abwesenheit oder Unerheblichkeit der Mitcontrahent als sicher voraussetzen durfte, kommen auch hier nicht in Betracht.[1]) Wenn daher jemand einen Bürgschaftsschein unterschreibt, so darf der Gläubiger annehmen, daß er entweder die Urkunde vorher durchgelesen hat, oder sich seinem Inhalte blindlings unterwerfen will. Die einfachste Rücksicht, welche ein Mensch dem anderen schuldet, gebietet dies. Obwohl sich also der Bürge sonst auch auf solche für ihn ent-

---

Allein Geschäftsbestandtheile sind doch nur Geschäftsinhalt und Geschäftsbedingungen; über den Geschäftsinhalt liegt hier aber kein Irrthum vor, und ob der Umstand, über welchen ein Irrthum vorliegt, eine „Geschäftsbedingung" ist, ist zweifelhaft.

[1]) arg. l. 65, §. 2. dig. de cond. indeb. 12, 6. Vgl. den Rechtsfall Bd. I, S. 266, bei Anm. 3, auch Bd. I, S. 279, Nr. 12.

ſcheidende Irrthümer berufen kann, deren Vorhandenſein oder Bedeutſamkeit dem Gläubiger gegenüber nicht erkennbar hervortrat, ſo darf er doch z. B. nicht hervorheben, daß er in einem von ihm unterſchriebenen Bürgſchaftsſcheine das Verſprechen von tauſend Mark ſtatt, wie der Schein in Wahrheit lautet, von tauſend Thalern vorausgeſetzt habe; denn ein ſolcher Irrthum, welcher bei einer Schenkung allenfalls als möglich vorausgeſetzt werden kann,[1]) muß bei dem für den Verkehr wichtigeren Bürgſchaftsverſprechen als nach Lage der Sache ausgeſchloſſen gelten, weil der Verſprechende bei dieſem nicht dem Empfänger einer Wohlthat gegenüberſteht und daher dem Gläubiger mehr Rückſicht ſchuldet als einem Beſchenkten.[2])

Ein einſeitig belaſtendes Geſchäft iſt auch der Erlaßvertrag, ſofern er nicht etwa gegen Entgelt erfolgt.[3]) Daß auch er nach der Art ſolcher Geſchäfte bei nur einſeitigem Irrthume über eine unerläßliche Vorbedingung des Erlaſſes nichtig iſt, wird bezeugt durch l. 8. pr. dig. de acceptilatione 46, 4. (Ulpianus):

---

[1]) arg. c. 10. Cod. de don. cit.

[2]) Den im Texte mitgetheilten Fall entſcheiden ebenſo Bähr, Dogm. Jahrb., Bd. 14, S. 426, und Hartmann, ebenda Bd. 20, S. 46, ohne jedoch die Bürgſchaften von den zweiſeitig belaſtenden Geſchäften zu unterſcheiden.

[3]) Voigt, Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 54, S. 30, und Heſſe, Dogm. Jahrb., Bd. 15, S. 83, wollen den entſcheidenden Irrthum in den Beweggründen bei allen pacta de non petendo ausnahmslos für gleich weſentlich halten. Allein die bei beiden citirten l. 5. pr. §. 1. dig. de pactis 2, 14 und die l. 33. dig. de pignor. 20, 1 dürften zu der Frage überhaupt nichts beweiſen, auch ließe ſich dieſer allgemeine Satz wohl ſchwer aus legislatoriſchen Gründen erklären. In der l. 51, §. 1. dig. de pactis 2, 14 wird allerdings ein Erlaßvertrag gegen ein Aequivalent für nichtig erklärt, weil ein bei demſelben vorausgeſetzter Umſtand unrichtig iſt, doch werden wir in dieſem Falle das Vorhandenſein einer ſtillſchweigenden Bedingung annehmen dürfen.

An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?

Die gepflogene Verhandlung enthält darum keine bindende Vertragsabrede in sich, weil die Bedingung, unter der solche wohlthätige Erklärungen abgegeben werden, daß der Erklärende nicht lediglich durch einen Irrthum zu ihr bestimmt werde, sich hier als eine unmögliche erweist. Man beachte, daß die Acceptilation nicht wegen Irrthums, sondern aus anderen Gründen nichtig ist und hier nur in ihrer Eigenschaft als gleichzeitiges pactum de non petendo in Frage kommt. Bei Acceptilationen kann wegen ihres formellen Charakters[1]) von einem gleichen Einflusse des Irrthums nicht die Rede sein. Diese Geschäfte vertragen bekanntlich nec diem nec conditionem. Bedingungen, welche nicht selbstverständliche sind — und auch diese dürfen nicht ausdrücklich formulirt werden —, sind bei ihnen unzulässig. Daher denn auch die Thatsache, daß der Acceptilirende nicht durch einen Irrthum bestimmt werde, nicht als Bedingung in das Geschäft eingefügt werden konnte.

arg. l. 38 dig. de dolo malo 4, 3. (Ulpianus):

Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hac epistula creditor deceptus Aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistula falsa vel inani reperta creditor major quidem annis viginti quinque de

[1]) So mit Recht Hesse, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 57, S. 187.

dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur.

Nicht ohne Schwierigkeiten ist die Behandlung des blos einseitigen, bestimmenden Irrthumes bei Stipulationen. Selbst wenn wir keine Quellennachweise hinsichtlich dieser Verträge hätten, so müßte es zweifelhaft sein, ob man sie den zweiseitig- oder den einseitig-belastenden Verträgen in der Irrthumslehre beizählte. Für das letztere spricht ihre formelle Beschaffenheit, für das erstere die ihr im römischen Verkehre hauptsächlich zufallende Rolle einer Einkleidung lästiger Verträge in die strengere Formalobligation, sowie der Umstand, daß ihre Theorie die Hauptdomäne der starren Civiljurisprudenz war, diese aber „am Worte haftend" mit der Anerkennung stillschweigender Vertragszusätze nicht gerade freigebig war.[1])

Leider wird dieser Zweifel durch die Beschaffenheit der Quellen eher verstärkt als gehoben. Für die Unterstellung dieser Verträge unter die allgemeine Vertragstheorie spricht zunächst namentlich die lex 110, §. 1 de verb. obl. 45, 1.[2]) (Pomponius):

Si stipulatus fuero de te: vestem tuam quaecumque muliebris est dare spondes?, magis ad mentem stipulantis quam ad mentem promittentis id referri debet, ut quid in re sit aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti nihilominus debetur.[3])

---

[1]) Vergl. das soeben über die acceptilatio Gesagte und das oben, Bd. I, S. 258, Anm. 4, über die Legate Ausgeführte.

[2]) Vgl. Bd. I, S. 183.

[3]) Auf diese Stelle legt namentlich Hartmann, Dogm. Jahrbücher, Bd. 20, S. 34 ff., Gewicht. Er meint (S. 35), daß sich Pomponius in ihr mit seiner eigenen Ansicht, welche in der schon oft besprochenen l. 57. dig. de obl. et act. 44, 7 (vgl. Bd. I, S. 31) ausgedrückt ist, in

Ferner iſt es außer jedem Zweifel, daß der einſeitige Irrthum in einem beſtimmenden Beweggrunde anders, als wir es z. B. bei dem constitutum ſahen, eine nichtige Stipulation nicht nach ſich zog.

arg. l. 3 in fine dig. de cond. sine causa 12, 7. (Julianus):

cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur.

Bedenken erweckt dagegen die lex 83, §. 1 dig. de verb. obl. 45, 1. (Paulus):

Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.

Widerſpruch ſetze. Das Bedenkliche dieſer Annahme vermeidet man dann, wenn man erwägt, daß das senserit in der lex 110, §. 1. cit. nach dem ganzen Zuſammenhange der Stelle nur auf ein inneres Meinen bezogen werden kann, während es in der l. 57. cit. ſo viel, wie „einen Gedanken ausdrücken" bedeuten muß. Zum näheren Beweiſe dieſes Letzteren ſowie der Ausführungen des §. 2. ſei noch hervorgehoben, daß die Basilika in lib. 52, tit. 1 das si error aliquis intervenit der l. 57. cit. *εἰ μὴ συναινῶσιν οἱ συναλλάσσοντες* wiedergeben, auch in lib. 11. tit., 1, 1 in der Legaldefination des pactum das Wort consensus mit *συναίνεσις* überſetzen. Harmenopulus giebt es mit *συγκατάθεσις* wieder (Ausgabe von 1872. Athen *ΠΑΣΣΑΡΗ*, lib. α, titulus ϑ). Consentire überſetzt auch er mit *συναινεῖν* (lib. δ, titulus α). Freilich überſetzen die Basilika a. a. O. weiterhin den in der l. 57. cit. geſchilderten Diſſens mit *ἀλλ' ὁ μὲν τόδε ἐννοεῖ, ὅ δε ἕτερον*; es bedeutet aber *ἐννοεῖν* auch significare und *ἔννοια* auch significatio und geradezu sententia (Diod. 14, 56. *Οὐ τὰς αὐτὰς ἀλλήλοις ἐννοίας εἶχον περὶ τοῦ πολέμου*, citirt bei Stephanus, thesaurus graecae linguae s. h. v.) Der Dualismus der Terminologieen für Seelenregungen und deren Ausdruck wiederholt ſich alſo auch im Griechiſchen. — Endlich überſehe man nicht, daß nicht blos sententia, ſondern auch sensus ſowohl einen inneren Seelenzuſtand, als auch den aus einer Erklärung äußerlich entnehmbaren Gedanken bezeichnet. Vgl. Forcellini, lexicon s. v. sensus III. Quinctilianus, 8, 2, 16, ſpricht von einer ambiguitas, quae non turbare potest sensum.

Allein in dem Verſprechen eines Sklaven unter dem weitverbreiteten Namen Stichus iſt eine vox ambigua zu ſehen,[1]) und bei einer ſolchen iſt bei allen Verträgen ein Zurückgreifen auf den nicht erkennbaren inneren Willen geboten.[2])

Nicht ſo leicht läßt ſich jedoch der §. 23 inst. de inutil. stipul. 3, 19 erklären:

> Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, velut si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Nimmt man an, daß das Wort sentire hier dieſelbe Bedeutung hat wie in der l. 57 cit. 44, 7, ſo macht die Stelle keine Schwierigkeiten; dann bezog ſich der Wortlaut des Verſprechens auf den Stichus, der Sinn auf den Pamphilus. Sieht man dagegen hier wie in der l. 110, §. 1 cit. de verb. obl. 45, 1 in dem sentire ein inneres Meinen, ſo würde der Umſtand, daß in der zweiten Hälfte der Stelle eine zweideutige Abrede vorliegt, über die Schwierigkeit derſelben nicht hinweghelfen, denn es iſt nicht anzunehmen, daß dies Wort in derſelben Stelle zwei Bedeutungen hat.[3]) Bezeichnet es alſo am Schluſſe das innere Meinen, ſo kann es auch nur dies am Anfange bezeichnen ſollen. Dann wäre wenigſtens hinſichtlich des Irrthums über das Geſchäftsobject die Stipulation den einſeitig belaſtenden Verträgen gleichgeſtellt.[4]) Dem Verfaſſer ſcheint jedoch die erſtere Auslegung

---

[1]) Dies nahmen ſchon Albericus und Joannes Baſſianus an. Haenel, dissensiones dominorum, S. 527, 586. Vgl. oben Bd. I, S. 188,

[2]) Bd. I, S. 184 ff.

[3]) Band I, S. 188; vergl. Anm. 2. Die Beſprechung der Stelle iſt nachträglich aus der Lehre vom dissensus in re hierher übertragen worden.

[4]) Die l. 110, §. 1. cit. würde dann etwa nach Art der l. 4. pr. de

für unseren §. 23 und für die fast gleichlautende l. 137, §. 1 dig. de verb. obl. 45, 1 die natürlichere zu sein.[1])

Nur das bisher Ausgeführte ist im Stande, den Satz nullus est errantis consensus[2]) zu erklären. Beachten wir, daß consensus hier, weil es von einem Einzelnen gesagt ist, nicht die Vertragserklärung, sondern nur die Erlaubniß- oder Zustimmungserklärung[3]) bezeichnet. Bedenken wir ferner, daß nullus auch hier „ohne wirksamen Inhalt" bedeutet (s. oben §. 16) oder doch mindestens bedeuten kann.[4]) Der Satz nullus est errantis consensus kann sich demnach nicht auf solche einseitige Consenserklärungen beziehen, welche für sich allein keine concreten Rechtswirkungen haben, d. h. weder ein Vermögensstück erzeugen, noch ändern, noch übertragen, noch beseitigen können, sondern nur als eine Zusatzerklärung zu dem Vertrage anderer Personen, die Erklärung des einen Contrahenten unterstützend, hinzutreten, wie z. B. der Consens der Agnaten in Lehnssachen, der Eltern bei

---

legatis I (XXX.) aus der Unentschuldbarkeit des Irrthumes zu erklären sein. Vgl. oben §. 18, S. 332 u. 333.

[1]) Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 588) spricht in den Fällen der l. 83, §. 1 und 137, §. 1. dig. de verb. obl. 45, 1, sowie der l. 9. pr. dig. de contr. empt. 18, 1. von einem „verdeckten Dissense". Es ist dies wohl etwa dasselbe, was oben (S. 341, Anm. 1) „innerer Dissens" genannt wurde.

[2]) c. 9. Cod. de juris et facti ignorantia 1, 18. Man verwechsle denselben nicht mit dem allgemeineren: errantis nulla est voluntas (c. 8. ibid.) welchem der §. 23 gewidmet ist. Die ältere Theorie bezog ihn vielfach auf jede einzelne Vertragserklärung, was sicherlich falsch ist (vgl. z. B. Justi Mejeri collegium Argentoratense, t. I. Argentorati 1657, ad tit. dig. 18, 1, c. 13, p. 999. Joannis Ortwini Westenbergii principia juris t. I, Lipsiae 1754, p. 473), die neuere weiß sich kaum mit ihm abzufinden (vgl. Savigny, System, Bd. III, S. 342 ff.)

[3]) Bd. I, S. 52, S. 199, Anm. 3.

[4]) Vgl. auch noch §. 23.

der Ehe des Kindes,[1]) die Zustimmung zu der Verpfändung meiner Sachen durch einen anderen und dergl. mehr. Hier wirkt der Consens nicht als solcher, kann also auch nicht im Falle des Irrthumes als ein ausnahmsweise erfolgloser (nullus) bezeichnet sein. Wohl aber giebt es einseitige Consenserklärungen, welche geradezu Rechte des Consentirenden zerstören; so die formlose Freilassungserklärung, insoweit sie wirksam ist,[2]) ferner die Erlaubniß der Errichtung einer Anstalt auf dem Nachbargrundstücke, welche man verbieten könnte,[3]) sofern diese Erlaubniß nicht unter den Begriff einer Servitutbestellung fällt, weil diese durch einen Vertrag geschehen muß,[4]) nicht durch einseitigen Consens. Der-

[1]) Vgl. Dernburg, Lehrbuch d. preuß. Privatrechtes, Bd. I, §. 96. Durch die dort mitgetheilten Ausführungen wird auch die Frage angeregt (Anm. 3), ob Entsagungen und Verzichtleistungen zweiseitige Geschäfte sind. Man wird unterscheiden müssen. Die Dereliction ist ein einseitiges Geschäft, der Servituterlaß der richtigen Meinung nach ein Vertrag, ebenso zweifelloser Weise der Pfand- und der Schulderlaß. Die Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses dagegen sind, ähnlich wie der Erbantritt, einseitige Geschäfte (vgl. Bd. I, S. 175, Anm. 2), welche nicht an bestimmte Personen gerichtet zu werden brauchen, sofern sie nur unter Umständen abgegeben sind, die ihre Ernstlichkeit außer Zweifel stellen (Bd. I, S. 61, Anm. 1). Sie sind daher ebensowenig wie die Dereliction wohlthätige Geschäfte, selbst wenn hinter ihnen in besonderen Fällen ein animus donandi stecken sollte; denn nicht zu diesem Zwecke, sondern im Interesse des Entsagenden selber sind sie von der Rechtsordnung mit Wirksamkeit ausgestattet. Davon sind auch mehrfach praktische Consequenzen gezogen. l. 5, §. 13, 14. de don. inter vir. et ux. 24, 1, l. 6. pr. §. 2. 4. dig. quae in fraud. cred. 42, 8.

[2]) cst. 9. Cod. cit. de juris et facti ignor. 1, 18. c. 8. ibid.

[3]) l. 19, 20. de aqua et aquae pluv. 39, 3.

[4]) Dieser würde übrigens, falls die Bestellung ohne Entgelt geschieht, den bei Schenkungen maßgebenden Grundsätzen unterliegen. Auch der Rücktritt von der Kündigung eines Capitals (Dernburg, I, §. 96, Anm. 5) gehört hierher, dagegen ist die Ablehnung einer Offerte überhaupt kein Rechtsgeschäft.

artige einseitige Consense sind zweifellos einseitig belastende Geschäfte; daher sind sie, falls sie lediglich durch Irrthum hervorgerufen sind, nichtig. Der Satz errantis nullus est consensus ist somit ein Seitenstück des Satzes erroris fidejussio nulla est.[1])

Endlich werden wir wohl den Ausdruck der Verzeihung für eine erlittene Kränkung, welcher die actio injuriarum tilgt,[2]) den einseitig belastenden Rechtsacten zuzählen dürfen. Das Gleiche muß von der dieser Verzeihung durchaus analogen[3]) agnitio testamenti gelten, durch welche ein Pflichttheilserbe seine querela inofficiosi testamenti zerstört.[4])

Daß auch bei Geschäften des Familienrechtes der einseitige, nicht erkennbare, bestimmende Irrthum einen nichtigen Vertrag nach sich zieht, wurde schon oben behauptet und gerechtfertigt.[5]) Daß man diesen durchgreifenden Unterschied zwischen Familien-

---

[1]) Die Bedeutsamkeit des Irrthums in der l. 19, 20 de aqua et aquae pluv. 39, 3 erklärt sich also nicht daraus, daß die Willensäußerung eine stillschweigende war (wie sollte man dies auch wohl rechtfertigen?), sondern aus ihrer einseitig belastenden Natur.

[2]) l. 17, §. 1. l. 27, §. 2. de pact. 2, 14. schreiben dem nudum pactum hier ipso jure tilgende Kraft zu, doch muß auch die einseitige Verzeihungserklärung eine solche gehabt haben. arg. l. 11, §. 1. dig. de injur. 47, 10. . . . siquis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolere. Ueber den Grund dieses Rechtssatzes vergl. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl., 1867, S. 217.

[3]) Vergl. Savigny, System, Band II, S. 128 ff.; Bähr a. a. O., S. 217. Franke, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 19, S. 177 ff.

[4]) arg. l. 12, §. 2 de inoff. 5, 2. Bähr, S. 218. Auch sonst gehört der Verzicht auf Anfechtung (Bähr, S. 232) hierher.

[5]) Bd. I, S. 264.

und Vermögensrecht überſah, iſt, wie in §. 32 erwieſen werden ſoll, für die Geſchichte der Irrthumslehre verhängnißvoll geweſen.[1])

§. 22.

Der beiderſeitige Irrthum über eine beiderſeitige unerläßliche Vorbedingung der Erklärung.

Schon oben wurde wiederholt anerkannt, daß die herrſchende Lehre von dem inneren Willen einen wahren Kern hat, da die gemeinſame Abrede dem mit ihr disharmonirenden Wunſche beider Parteien unbedingt weichen muß.[2]) Dies iſt auch in einer Reihe von Quellenſtellen anerkannt. Wiederholt wird auf die voluntas contrahentium,[3]) die mens convenientium,[4]) den animus stipulantium,[5]) die sententia contrahentium,[6]) ſogar den sensus contrahentium[7]) hingewieſen. Auch der Ausdruck hominum voluntates[8]) kommt vor. Wenn man aus ſolchen Stellen die

[1]) Wie wenig man übrigens in früheren Zeiten — abweichend von der neuerdings herrſchend gewordenen Lehre — geneigt war, nicht erkennbare Irrthümer des einen Contrahenten zu berückſichtigen, folgt daraus, daß man ſelbſt bei Verlöbniſſen die Rückſichtsnahme auf einen derartigen error in persona in Abrede ſtellte; vgl. Titius, observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum, Lipsiae 1717, observatio 768, welcher nur den Betrugsfall anders beurtheilt.

[2]) Bd. I, S. 28 ff. S. 115, Nr. 5. S. 261.

[3]) lex 31 dig. de obl. et act. 44, 7. l. 115, §. 2 in fine. dig. de verb. obl. 45, 1. c. un. §. 2. Cod. ut actiones 4, 11.

[4]) lex. 7, §. 8. dig. de pactis 2, 14.

[5]) l. 7, §. 12. dig. de pactis 2, 14. Vgl. Zitelmann, Dogmat. Jahrb., Bd. 16, S. 424.

[6]) l. 115, §. 2. dig. de verb. obl. 45, 1.

[7]) c. 15. pr. Cod. de contr. stip. 8, 37. Vgl. hierzu das oben S. 374, Anm. 3 a. E. über den sensus Ausgeführte.

[8]) c. 13, §. 2. Cod. de contr. stip. 8, 37. Vergl. auch die Worte:

Erheblichkeit des Einzelwillens gegenüber dem Sinn der Abrede hat folgern wollen, so übersah man, wie schon oben hervorgehoben worden ist,[1]) daß voluntas contrahentium und voluntas contrahentis zweierlei sind und es im Lateinischen geradezu unmöglich ist, in einem Falle, in welchem die Einzelwillen dissentiren, die beiden verschiedenen Absichten unter dem gemeinsamen Namen einer voluntas contrahentium zu bezeichnen. Von einer solchen kann man nur im Hinblicke auf die beiderseits anerkannte lex contractus reden, oder auch im Hinblicke auf einen von ihr abweichenden beiderseitigen Willen. Daß aber jeder Contrahent eine lediglich in Folge eines Irrthumes abgeschlossene Abrede immer dann als nichtig angreifen kann, wenn sein Mitcontrahent gleichfalls nur durch einen Irrthum zu seiner Erklärung bestimmt wurde, folgt aus dem oben über stillschweigende Bedingungen Ausgeführten.[2]) Daß man der Regel nach bei zweiseitig belastenden Geschäften wegen eines blos einseitigen Irrthumes in einem den Ausschlag gebenden Beweggrunde nicht von der Haftung frei wird, wurde deshalb behauptet, weil niemand seinem Mitcontrahenten die Einschiebung der Bedingung, daß die einseitigen Motive richtig seien, zumuthen kann. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn man mit solcher Zumuthung nur den Wünschen des Mitcontrahenten[3]) entgegenkommt und es also eine reine Chikane

---

utrosque in der l. 30, §. 4. dig. locati conducti 19, 2, ex voluntate nostra in der l. 52, §. 4. dig. de oblig. et act. 44, 7; sensisse in der l. 48. dig. de act. empti vend. 19, 1.

[1]) Bd. I, S. 40.

[2]) Bd. I, S. 262.

[3]) Hartmann, Dogmat. Jahrb., Bd. XX, S. 46, hebt gelegentlich hervor, daß, wenn zwei Parteien irrthümlicher Weise ein Pachtformular statt eines Kaufes unterschreiben, die Consenserklärung nichtig ist, „weil erkennbar durch eine unzutreffende Voraussetzung bedingt." Auch Brinz (Pand. 1402) bemerkt, daß die Quellen „den zu nichtgewollter Consentirung

von deſſen Seite ſein würde, wenn er auf dieſe Zumuthung nicht bereitwillig einginge.[1])

Dieſer Satz hat ſeinen prägnanten Ausdruck gefunden in der l. 116, §. 2. dig. de regulis juris 50, 17. (Ulpianus):

Non videntur, qui errant,[2]) consentire.

Nur um ihn näher zu veranſchaulichen, bedarf es einer Beleuchtung ſeiner verſchiedenen Anwendungsfälle.

Ein error in dem Sinne eines Verſehens bei der Abfaſſung des Vertrages[3]) iſt in der Art möglich, daß beide Parteien einen

---

ſich verirrenden Doppelwillen" keinen Conſens nennen. Aus der Zahl der älteren Juriſten hebt die Bedeutſamkeit des beiderſeitigen Irrthumes beſonders ſcharf hervor Jo. Gottfried Schaumburg, compendium juris digestorum, Jenae 1757, Seite 136, §. 5. (entgegengeſetzt Lauterbach, collegium theoriae practicum, Tubingae 1714, c. 110, pag. 1185), woſelbſt jedoch der Diſſens unbegreiflicher Weiſe unter den Doppelirrthum geſtellt, auch die Erheblichkeit des Einzelirrthums mit Unrecht ganz in Abrede geſtellt wird. Vgl. auch noch Thibaut, Pandektenrecht, §. 449. Savigny, Syſtem, III, S. 266, nota h. Indirect iſt die Betonung des beiderſeitigen Irrthums gegenüber dem Irrthume des Einzelnen inſofern vielfach anerkannt worden, als bei der Begründung der früher herrſchenden Lehre, daß der Irrthum den consensus ausſchließe, in der Regel nur mit dem Falle des Doppelirrthums oder des Diſſenſes exemplificirt wird (vgl. z. B. Cujacius, observat., lib. II, cap. 4. Merlin, répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 3. édition, Paris 1808, S. 735). Nur, wo ſich die Beiſpiele auf das Gebiet des Eherechtes verirren (z. B. die glossa ad v. absentem der lex 9 dig. de contr. empt. 18, 1) wird auch des Einzelirrthums des Offerenten leicht gedacht. Vgl. auch Exner, Tradition, S. 269, Anm. 49.

[1]) Auf Erkennbarkeit des Irrthums oder ſeiner Relevanz ſeitens des Mitcontrahenten kommt es hier nicht an.

[2]) Alſo nicht quorum alteruter errat. Vergl. auch die Schlußworte der l. 15 dig. de jurisdict. 2, 1. cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error.

[3]) l. 15, §. 1. dig. de damno infecto 39, 2. (Ulpianus): Si vero sine adjectione diei stipulatio fuerit interposita, si quidem ex conventione, quandoque fuerit commissa, ex stipulatu agitur, si vero per errorem,

Vertrag verabreden oder unterschreiben, welcher dem einen aus dem einen, dem anderen aus dem anderen Grunde unerwünscht ist. Z. B. A will dem B sein Haus vermiethen, B will den Garten des A kaufen; sie unterschreiben einen durch einen ungeschickten Concipienten verfaßten Vertrag, in welchem A sein Haus dem B verkauft.

Es ist ferner möglich, daß der verabredete oder unterschriebene Vertrag einen beiderseits unerwünschten Inhalt hat, während er einen beiderseits erwünschten Inhalt haben sollte. So z. B. wenn beide einen Verkauf des Obstgartens unterschreiben, während beide einen Verkauf des Hauses wollen.[1]) Haben sie sich ihren wahren Willen gegenseitig erkennbar gemacht, so gilt zweifellos der Satz plus valet quod actum est oder auch falsa demonstratio non nocet. Wenn aber etwa ihr übereinstimmender Wille ganz unerklärt geblieben ist, dann fehlt es dem Vertrage strenge genommen allerdings an dem Erfordernisse der Willenserklärungen. Allein es würde sicherlich der bona fides widersprechen, wenn in einem solchen überdies höchst seltenen Falle jemand behaupten wollte, die von ihm richtig aufgefaßte Offerte des anderen habe eigentlich falsch aufgefaßt werden müssen.[2]) Es müßte also auch hier der Satz: falsa demonstratio non

---

magis est illud dicendum finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a praetore, ut liberetur beweist, daß ein solches Versehen auch dann error hieß, wenn es weder auf einem Irrthume, noch auf einer Unwissenheit, sondern schlechtweg auf einer Nachlässigkeit beruhte.

[1]) Ein Fall, der bei Bezeichnung der Grundstücke nach Grundbuchsnummern leicht vorkommt.

[2]) Der Satz, daß jeder die an ihn gerichtete Erklärung so gelten zu lassen hat, wie er sie auffassen mußte, nicht wie er sie aufgefaßt hat, gilt natürlich nur, wenn seine wirkliche Auffassung eine unrichtige war.

nocet (§. 18) gelten. Es ist dann also das Ausgesprochene jedenfalls nichtig, und das Gewollte gilt.

Dieses Letztere wird nur dann nicht der Fall sein, wenn der Vertrag neben dem Consense noch besondere Erfordernisse hat und diese hinsichtlich des gewollten Geschäftes nicht vorliegen. So gehört z. B. zur Tradition nicht blos eine Abrede, sondern auch eine von den Contrahenten bewirkte Aenderung des wirklichen Besitzstandes. Wird diese letztere, etwa in der Dunkelheit, an einem beiderseits nicht gewollten Gegenstande verübt, so ist die Tradition des wirklich gegebenen wegen beiderseitigen Irrthumes nichtig,[1]) diejenige des gewollten aber wegen mangelnder Besitzübertragung ungültig.[2])

In gleichem Sinne ist auch der schon oben[3]) besprochene Fall zu behandeln, si alius praetor pro alio fuerit aditus. Der Prätor, vor welchem der Prorogationsvertrag Statt fand, ist beiderseits nicht gewünscht, der gewünschte Prätor wird aber gleichfalls nicht competent, weil derartige Abreden wenigstens nach römischem Rechte der richtigen Meinung nach nur dann bindend sind, wenn sie vor dem Richter geschehen, um den es sich handelt.[4]) Wird dagegen z. B. eine Sache verkauft oder

[1]) arg. l. 34. pr. dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2.

[2]) Wo sich die Tradition ohne räumliche Verschiebung vollzieht, nämlich bei dem constitutum possessorium oder der brevi manu traditio, da würde eine auf ein falsches Object gerichtete Abrede einen bloßen error in nomine enthalten. Ein gleicher unwesentlicher error in nomine ist auch bei der Tradition durch Besitzeinweisung möglich. (arg. l. 34. pr. cit. de acqu. v. a. p. 41, 2.)

[3]) Bd. I, S. 28 ff., woselbst die Nichtigkeit als aus dem Sinne der gepflogenen Abrede folgend erwiesen wurde.

[4]) l. 18. dig. de jurisd. 2, 1. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig 1878, 3. Aufl., §. 39, Anm. 30, S. 480. Glück, Pandektencommentar, Band III, S. 211 ff. Jetzt entscheidet §. 38 der Reichscivilproceßordnung.

verpfändet, um erst später hingegeben zu werden, und es wird bei dem Vertrage auf eine falsche Sache, z. B. einen im Dunkeln stehenden Gegenstand, hingewiesen, während die Parteien darüber einig sind, daß nicht dieser, sondern ein anderer das Geschäftsobject sein soll, so gilt das Geschäft hinsichtlich dieses letzteren, da zu den genannten Verträgen die Gegenwart des Gegenstandes nicht gehört[1]) und die Hinweisung auf denselben überflüssig war.

Gleichgültig ist es übrigens, ob die Wirkung dieses beiderseitigen Irrthumes dahin geht, daß etwas anderes als das beiderseits Gewollte verabredet wird, oder ob ohne ihn gar kein Geschäft abgeschlossen sein würde. Das Letztere liegt z. B. vor, wenn beide eine Eigenschaft der verkauften Sache voraussetzen, deren Vorhandensein stillschweigende Geschäftsbedingung ist,

arg. l. 14. dig. de contrahenda emptione 18, 1. (Ulpianus):

> Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent .... si .. aes pro auro veneat non valet.[2])

ferner l. 41, §. 1. dig. eodem 18, 1. (Julianus):

> Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens. nulla est emptio;

oder auch, wenn eine andere beiderseits als unerläßlich angesehene Vorbedingung des Geschäftes sich als unwahr herausstellt, arg. l. 51, §. 1. dig. de pactis 2, 14. (Ulpianus):

> Idem eodem loco scribit, si debitorem tuum jussisti solvere Titio, cui legatum falso debere existimas,

---

[1]) Vgl. auch die l. 1, §. 1. dig. de pign. act. 13, 7 (Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 558), welche sich nicht analog auf die Verhandlungen vor dem unzuständigen Richter beziehen läßt, wenn man der in der vorigen Anmerkung angenommenen Ansicht beipflichtet.

[2]) Vgl. unten §. 26.

> et debitor pactus sit cum Titio debitore suo constituto: neque tibi adversus tuum debitorem neque ipsi adversus suum actionem peremptam;

endlich auch, wenn beide ohne animus obligandi aus Verſehen Vertragserklärungen abgeben.[1])

§. 23.

Errantis nulla est voluntas.

Die beiden Sätze errantis nullus est consensus (§. 21)[2]) und non videntur qui errant consentire (§. 22) wurden bereits erklärt. Zu erläutern iſt noch eine allgemeinere Regel, welche wir in einigen nach ihrem Sinne bereits erläuterten Stellen ausgeſprochen finden, nämlich die Regel errantis nulla est voluntas.

Die Stellen ſind:

cst. 8. Cod. de juris et facti ignorantia I, 18. (Diocletianus et Maximianus):

> Cum testamentum nullo jure constiterit, ex ejus, quae ab intestato successit, professione sola velut ex testamento liberos per errorem profitentis orcini vel proprii liberti, si non ipsius accessit judicium, cum errantis voluntas nulla sit, effici non potuerint.[3])

---

[1]) So wenn ſie vor einem incompetenten Richter verhandeln, ohne deſſen Unzuſtändigkeit zu kennen, oder beide ſtatt einer Ergebenheits-Adreſſe einen Vertrag unterſchreiben u. ſ. w.

[2]) Vergl. zu dieſem auch noch cst. 23. Cod. de locato et conducto 4, 65 (Diocletianus et Maximianus). Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum, woſelbſt consensus ſo viel wie „Anerkenntniß" bedeutet.

[3]) Savigny (Syſtem, Band III, S. 441) ſcheint anzunehmen, daß hier ein Formmangel der Freilaſſung vorausgeſetzt werde. Dann würde

ferner l. 19 dig. de aquae pluviae arcendae 39, 3. (Pomponius):

> Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

l. 20. eodem:

> sed hoc ita si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est.[1])

Der Satz macht jedoch nicht die geringsten Schwierigkeiten, sobald man das Wort nullus in demjenigen Sinne nimmt, welchen es sicherlich haben kann (§. 16) und hier auch wirklich hat. Es bedeutet auch hier: „ohne die einem derartigen Acte eigenthümliche Wirksamkeit" (vergl. oben S. 301). Der Satz ist dann immer richtig, mag man voluntas im Sinne einer Willenserklärung oder der inneren Geschäftsabsicht auffassen. Bezieht man es auf Erklärungen, so kann er von vorn herein nur für einseitige Geschäfte, wie die in den angezogenen Stellen erwähnten es sind, gültig sein wollen. Nur bei solchen kann die einzelne Erklärung wirken, nur bei ihnen kann also von Nullität, d. h. von einer ausnahmsweisen Wirkungslosigkeit, gesprochen werden. Bezieht man aber den Satz auf den inneren Geschäftswillen, d. h. auf den Willen im Sinn der l. 9. pr. dig. de hered. inst. 28, 5, d. h. auf dasjenige, was ohne den Irrthum gewollt sein würde (vgl. §. 17),[2]) so ist der Satz sogar nach der herrschenden Lehre

---

die Begründung der Entscheidung aus dem Irrthum des Erklärenden unbegreiflich sein. Die richtige Erklärung ist angedeutet ebenda Anm. e.

[1]) Vergl. Savigny, III, S. 363 ff.; Röver, S. 38, 39, und Burkhard, Fortsetzung von Glücks Pandektencommentar, Bd. 39, 3, S. 307 ff., namentlich S. 313. Man beachte insbesondere, daß es patiente vicino faciam nicht patiente vicino habeam heißt.

[2]) Vergl. auch Bd. I, S. 224, 225, II, S. 327. Man übersehe auch nicht, daß velle sowohl „wollen" als auch „wünschen" bedeutet.

richtig. Er besagt dann: „Ein durch Irrthum bestimmter Wille hat keinen wirksamen Inhalt.“ Ist nämlich der Irrthum ein wesentlicher, so hat der Wille gar keine Folgen. Ist er aber ein unwesentlicher, so wirkt das Erklärte, nicht das Gewollte, es geschieht also etwas anderes als dasjenige, was der Inhalt des Willens war. So z. B. wenn ich mir die 4. Auflage eines Buches kaufen wollte, dieses nicht bei dem Kaufe hervorhebe und die vielleicht für meine besonderen Zwecke werthlose fünfte Auflage aus Unachtsamkeit erwerbe, so wird mir ein nicht gewollter Geschäftserfolg aufgedrängt, meine voluntas ist nulla, nur meine Erklärung ist in Verbindung mit der Gegenerklärung wirksam, d. h. nicht die voluntas des Einzelnen, sondern der consensus entscheidet.

Diese Uebersetzung wird aber durch eine andere Betrachtung unterstützt. Der Verfasser glaubt, die Beobachtung gemacht zu haben, daß im Pandektenlatein das Wort nullus als Subject[1]) oder als Adjectivum[2]) verwendet in der Regel so viel bedeutet wie „niemand“, „kein“ oder „nicht vorhanden“, daß es dagegen da, wo es als Prädikat erscheint, gewöhnlich so viel wie „nichtig“ bedeutet.[3]) Dabei giebt er zu, daß es in einzelnen Stellen, wo dadurch der Sinn nicht zweifelhaft wird, nicht ersichtlich ist, ob es als Prädikat oder Adjectivum verwendet ist.[4]) Einen indirecten

---

[1]) z. B. l. 55 dig. de regulis juris 50, 17.

[2]) z. B. in der l. 88, 109. dig. de regulis juris 50, 17.

[3]) z. B. in der l. 5, §. 14. de reb. eorum qu. s. tut. 27, 9. l. 7, §. 8. dig. de dolo malo 4, 3. l. 75, §. 1. dig. de legatis 1. Gajus III, 176. l. 5, §. 1. dig. de off. ejus 1, 21. Ueber den Unterschied zwischen „nichtig“ und „nicht vorhanden“ siehe oben S. 297.

[4]) Vergl. z. B. l. 41, §. 3. dig. de vulgari et pup. subst. 28, 6. nullum fideicommissum erit. Der Verfasser glaubte, sich hinsichtlich des im Text Gesagten besonders vorsichtig ausdrücken zu müssen, weil Dirksen

Beweis für dieſe Behauptung ſieht der Verfaſſer auch darin, daß ſie eine Hauptſchwierigkeit der Lehre vom Uſucapionstitel beſeitigt. Man zweifelt vielfach daran, daß die Zulaſſung nichtiger Geſchäfte als Titel bei entſchuldbarer Unkenntniß der Nichtigkeit durchweg in den Quellen anerkannt ſei, und glaubt namentlich, einen Widerſpruch hiergegen zu ſehen[1]) in der lex 27. dig. de usurp. et usuc. 41, 3. (Ulpianus):

> ... quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.

Es wird hier eine Uſucapion nicht dann für unmöglich erklärt, si aliqua donatio etc. nulla est, ſondern si nulla donatio est, nicht wenn eine vorliegende Schenkung nichtig iſt, ſondern wenn überhaupt keine Schenkungsverhandlung vorliegt,[2]) auch nicht einmal eine nichtige.

In den beiden Sätzen, errantis nulla est voluntas und furiosi nulla voluntas est, iſt alſo durch den verſchiedenen Satzbau die verſchiedene Bedeutung des Wortes nullus genügend gekennzeichnet, und wenn man den erſteren Satz ohne weiteres in die

---

eine gleiche Beobachtung nicht gemacht zu haben ſcheint; denn unter den Stellen, in denen nullus ſo viel wie inanis (nichtig) bedeuten ſoll, erwähnt er auch die l. 6. dig. de dolo malo 4, 3. l. 1. §. 3. dig. de pactis 2, 14 und Gajus, IV, 131, Stellen, in denen das Wort nullus adjectiviſch gebraucht iſt und nach der Meinung des Verfaſſers bei unbefangener Auslegung nur mit „kein", nicht aber mit „nichtig" überſetzt werden kann.

[1]) Vgl. z. B. Bernhöft, der Beſitztitel im römiſchen Recht, Halle 1875, S. 16.

[2]) Der vorausgeſetzte Fall iſt alſo identiſch mit dem cum non emerit des §. 11 inst. de usuc. 2, 6. Vergl. dagegen das nulla donatio sit mit dem nulla (nichtig) esset emptio der l. 2, §. 16. dig. pro emptore 41, 4.

Regel nulla voluntas errantis est[1]) umgewandelt hat, so hält der Verfasser dies für eine sinnentstellende Textesänderung.[2])

Man wird der gegebenen Uebersetzung hoffentlich den Vorzug nicht absprechen, daß sie einen gemeinverständlichen Sinn ergiebt. Die neuere Jurisprudenz dagegen, welche den Satz nur in gewissen Fällen als richtig anerkennen will, kommt zu der Nothwendigkeit einer solchen quellenwidrigen Einschränkung seines Inhaltes nur, weil sie in ihm die Beantwortung eines metaphysischen Problems, von dessen Lösung die römischen Praktiker sich sicherlich fern gehalten ‚haben', erblickt. Nach Savigny[3]) soll der Satz behaupten, daß der Irrthum die Existenz des Willens ausschließe.[4])

Der Verfasser bemerkt zunächst, daß das hier berührte psychologische Problem nach seiner Meinung völlig außerhalb der Jurisprudenz liegt. Unser Recht legt zweifellos gewissen durch Irrthum hervorgerufenen Willensacten Wirksamkeit bei, und auch de lege ferenda kann kein Zweifel sein, daß es dies auch fernerhin thun muß (§. 5). Wäre es also wirklich wahr, daß der Wille des durch Irrthum Bestimmten niemals frei wäre oder nicht existirte, so würde doch daraus höchstens folgen, daß unser Recht aus völlig zureichenden Gründen auch an Fälle unfreier Willensacte oder nicht gewollter Erklärungen Folgen anknüpft.

---

[1]) Dies hat Hesse im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 57, S. 196, gethan. Freilich beweist l. 1, §. 3. dig. de pactis 2, 14, daß der Satzbau allein kein unfehlbares Kriterium ist.

[2]) Der Satz furiosi nulla voluntas est (l. 40, dig. de reg. juris 50, 17) bedeutet demnach etwas ganz anderes.

[3]) System, III, S. 113, 342, S. 441, nota d.

[4]) Nach Brinz bedeutet der Satz (Pand., S. 1394): „Der Wille dessen, der bewußtlos und deswegen verfehlt handelt, ist kein Wille." Gegen die Annahme einer durch Irrthum oder Zerstreutheit hervorgerufenen Bewußtlosigkeit vgl. Bd. I, S. 141 ff.

Die Voraussetzungen oder der Umfang dieser Anknüpfung würden hierdurch nicht berührt werden.[1])

Wenn nun der Verfasser die angeregten Fragen doch berührt und in gleicher Weise wie für den Irrthum so auch für den so oft unpassender Weise mit ihm in Analogie gestellten Zwang[2]) zu beantworten sucht, so thut er es in der Hoffnung, unpassenden Schlüssen vom Zwange[3]) auf den Irrthum vorzubeugen.

Man unterscheide nämlich vor allem folgende Fragen:

1) Was versteht man unter Freiheit des Willens im juristischen Sinne?[4])
2) Ist die durch Irrthum oder Zwang hervorgerufene Erklärungshandlung gewollt?
3) Ist der Rechtserfolg dieser Handlung wirklich gewollt?[5])
4) Ist der Sinn einer solchen Erklärung, daß ihr Inhalt gewollt ist?

Was nun zuerst den juristischen Freiheitsbegriff betrifft, so ist es unzweifelhaft, daß er mit dem philosophischen Begriffe, um welchen sich der berühmte Str it über die Willensfreiheit

---

[1]) Anders die scholastische Richtung des Naturrechtes, welche die Rechtssätze aus den Thatbeständen abstrahiren will, statt sie den Quellen und den diese Quellen erzeugenden Bedürfnissen zu entnehmen.

[2]) Eine völlige Theorie des Zwanges liegt natürlich außerhalb der Grenzen dieses Buches.

[3]) Vgl. Bd. I, S. 271, Anm. 2. Hartmann, Dogm. Jahrb., 20, S. 60. Für diese Analogie namentlich auch Windscheid, Zur Lehre des code Napoléon, von der Ungültigkeit d. Rechtsgeschäfte, 1847, S. 252.

[4]) Die Stellung dieser Frage wird namentlich von Bekker in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. III, S. 190, angeregt.

[5]) Die Unterscheidung zwischen der Frage nach dem Wollen der Körperbewegung und demjenigen des durch dieselbe bewirkten Erfolges ist namentlich durch Bekker in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. III, S. 193, geschehen. Vgl. oben Bd. I, S. 101.

dreht, nichts zu thun hat. Selbst ein Leugner der Willensfreiheit wird die Ungültigkeit der Verträge oder die Strafloſigkeit der Vorſatzverbrechen nicht befürworten, er wird die Gültigkeit der erſteren und die Strafbarkeit der letzteren nur anders philoſophiſch begründen, als es gewöhnlich geſchieht.

Savigny bemerkt daher mit Recht[1]: „Mit den ſpeculativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet nichts zu ſchaffen.“ Indem aber Savigny a. a. O. in zutreffendſter und nach der Meinung des Verfaſſers nicht widerlegter Weiſe darthut, daß der Gezwungene — von Fällen der Bewußtloſigkeit aus Angſt abgeſehen (S. 109) — durch eigene Selbſtbeſtimmung ſich dem Zwange fügt, ſo redet er doch dabei nur in der Sprache der Philoſophen, nicht in derjenigen des täglichen Lebens, noch derjenigen der römiſchen Praktiker, wenn er in dem Zuſtande des compulſiv Gezwungenen eine „Freiheit der Wahl, alſo ſeines Wollens“ ſieht. Eine derartige „Freiheit“, bei welcher jemand durch einen höchſt unerwünſchten Umſtand beeinflußt und zu einem unerwünſchten Ziele hingedrängt wird, nennt man gemeinhin eben nicht Freiheit, ſondern in directem Gegenſatze hierzu Noth oder Zwang.

So ſagt auch die bekannte lex 21, §. 5. dig. quod metus (4, 2). (Paulus):

> Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per praetorem restituendus sum.

in keiner Weiſe,[2]) daß dies erzwungene Rechtsgeſchäft auf freiem

---

[1]) Syſtem, Bd. III, S. 102.

[2]) Noch weniger enthält ſie, wie Mühlenbruch (Lehrbuch der Pandekten, §. 93) meint, eine Anerkennung der ſtoiſchen Lehre, nach welcher „kein Menſch müſſen muß“. Wäre dies der Fall, ſo würde ſie keine Reſtitution zulaſſen.

Willen beruhe, sie sagt vielmehr mit dürren Worten das gerade Gegentheil: „Der Erbschaftsantritt ist nicht frei gewollt, aber doch gewollt.“ Aus ihr ergiebt sich also, daß nach römischem Rechte die Freiheit einer Willenserklärung kein Requisit ihrer Wirksamkeit ist und daß also die Unwirksamkeit erzwungener Geschäfte auf anderen Gründen beruhen muß als auf der mangelnden Freiheit.[1])

Wir sehen also, daß es einen speciell juristischen Begriff der Willensfreiheit in der Lehre von den Rechtsgeschäften nicht giebt, sondern daß die Quellen das Wort liberum esse einfach als Gegensatz des äußeren Zwanges gebrauchen. Auf den Fall des Irrthumes wird es dagegen nicht angewandt, und es ist nach dem soeben Ausgeführten auch völlig gleichgültig, ob wir den Zustand eines Irrenden, wie der vulgäre Sprachgebrauch es allerdings thut, als einen unfreien bezeichnen. In einer Hinsicht ist seine Unfreiheit eine schlimmere, in einer anderen eine geringere, als diejenige des Gezwungenen es ist. Schlimmer ist sie, weil der Irrende nicht wie der Gezwungene merkt, daß er unter einem unerwünschten Einflusse steht und sich daher auch nicht durch Erduldung eines Uebels von demselben befreien kann, geringer weil er wenigstens vor der Handlung nicht das unangenehme Gefühl hat, zu einem unerwünschten Verhalten hingetrieben zu sein.

Aus dem soeben Ausgeführten folgt also, daß die Erklärungs-

---

[1]) Schon Grotius, de jure belli ac pacis, lib. II, c. 11, §. 7, 2, bemerkt vom metus: quia consensus hic adfuit nec conditionalis, ut modo in errante dicebamus, sed absolutus. Auch Malblanc, principia juris romani, Tubingae 1801, §. 277, unterscheidet die libertas consensus, welche durch Zwang und die veritas consensus, welche durch Irrthum getrübt werde. Cujacius freilich bemerkte in tit. I. de judiciis, lib. V. dig. ad leg. 2. (opera Neapoli 1758. tom. VII. p. 129 E) nam ut error sic vis contraria est consensui.

Handlung in der That von dem Gezwungenen gewollt ist. Aber auch von dem Irrenden ist sie es, mag sein Irrthum noch so wesentlich sein. Nach dem Grundsatze, daß Geschehenes unabänderlich ist, entschließt sich jeder, der etwas erklärt, zu der Hervorrufung eines Ereignisses, welches ihm als solches zugerechnet werden muß.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß mit der Erklärung der Rechtserfolg gewünscht ist, zu dessen Erzeugung sie ein Mittel sein soll.[1]) Wir sahen schon oben, daß man die Erklärung, etwas zu wollen, mit einem doppelten Zusatze machen kann, entweder mit demjenigen, daß die Mitmenschen und die Vertreter der Rechtsordnung sich danach richten sollen, oder z. B. bei der Simulation mit demjenigen, daß dieser fernere Erfolg ausbleiben soll. Es wurde gleichfalls oben erwiesen, daß es bei einem durch Irrthum zu einer Erklärung Getriebenen von seiner Ansicht über den Inhalt des auf irrthümliche Erklärungen bezüglichen Rechtes abhängt, ob er eine rechtliche Gültigkeit seiner Erklärung will.[2])

Ganz genau ebenso verhält es sich mit dem Willen des Gezwungenen. Lebt er unter der Herrschaft einer Rechtsordnung, welche wie das altrömische Civilrecht[3]) erzwungene Geschäfte für verpflichtend hält, so kann er bei einem solchen Acte schließlich nur

---

[1]) Bd. I, S. 101.

[2]) Bd. I, S. 98. Dort wurde auch dargethan, daß eine Herleitung des objectiven Rechtes aus dem Inhalte des Einzelwillens in einen Cirkelschluß verwickeln muß.

[3]) Dieses verlangt der Regel nach feste Thatbestände als Voraussetzungen der Rechtswirkungen. Die Frage aber, ob ein Zwang groß genug ist, um Berücksichtigung zu finden, untersteht einem discretionären Ermessen des Richters, wie es das ältere Recht grundsätzlich vermied. Die Formen der Geschäfte des älteren Civilrechtes mußten überdies bis zu einem gewissen Grade gegen Erpressungen schützen.

in einen ſauren Apfel haben beißen wollen, coactus voluit, tamen voluit. Anders, wo das Gegentheil beſtimmt iſt. Aus dem Einzelwillen läßt ſich alſo nichts herleiten.

Nun wiſſen wir aber, daß das römiſche Recht keineswegs den Wortlaut der Erklärungen für maßgebend hielt, ſondern ihren Sinn, und daß der Irrthum dieſen bei Verträgen dann trübt, wenn erkennbar hervortritt, daß der Inhalt der gepflogenen Abrede der einen Partei in einem für ſie entſcheidenden Punkte nicht erwünſcht iſt oder nur unter der Vorausſetzung eines Umſtandes geſchieht, der beiderſeits als Bedingung des Geſchäftes angeſehen, aber unrichtig iſt, daß dagegen bei einſeitigen Geſchäften zwiſchen einſeitig läſtigen und anderen zu unterſcheiden iſt.[1]) Mit dem Zwange wird es ſich nun, was Verträge betrifft,[2]) zweifellos bei denjenigen Verträgen ebenſo verhalten, bei denen ein Dritter der Zwingende iſt und der Mitcontrahent des Gezwungenen von der Vergewaltigung nichts weiß.[3]) Hier iſt der Sinn ſeines

---

[1]) Bd. I, S. 174.

[2]) Was die anderen Geſchäfte betrifft, ſo iſt die Verſchiedenheit der für ſie geltenden Auslegungsgrundſätze ſicherlich nicht ohne Bedeutung für ihre Behandlung im Falle eines Zwanges geweſen. Man vgl. das Bd. I, S. 175, Anm. 2 über den Unterſchied zwiſchen Erbſchaftsantretungen und einſeitigen wohlthätigen Acten Geſagte mit der verſchiedenen Behandlung des erzwungenen Erbſchaftsantrittes (l. 21, §. 5. cit. dig. 4, 2) und der durch Dritte erzwungenen Freilaſſung (magister Dositheus I, 7).

[3]) Vergl. hierüber Schliemann, Die Lehre vom Zwange, Roſtock 1861, S. 43 ff. Nur auf den Fall eines durch den Mitcontrahenten verübten Zwanges dürfte die lex 116. pr. dig. de reg. jur. zu beziehen ſein (Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus). Wenn hier der Zwang als ein contrarium des consensus aufgeführt wird, ſo kann dies nur darauf Bezug haben, daß der äußere Thatbeſtand des freiwilligen beiderſeitigen Entgegenkommens (l. 1, §. 3. dig. de pactis 2, 14. Band I, S. 44 ff.) fehlt, ſobald der eine den andern unterjocht.

Verſprechens ſicherlich haften zu wollen. Allein auch wenn der Erpreſſer ſelbſt durch eine Drohung ein Verſprechen zu ſeinen Gunſten hervortreibt, ſo kann dies nur den Sinn haben, daß es ernſtlich gemeint iſt. Nur unter dieſer Bedingung will er die Ausführung der Drohung unterlaſſen und es nur in dieſem Sinne entgegennehmen. Geht alſo der Gezwungene auf ſeinen Wunſch ein, ſo iſt ſeine Aeußerung auch nur in dieſem Sinne auszulegen. Coactus voluit; der in ſeiner Erklärung liegende Gedanke (voluntas) iſt ein ernſtlicher.

Wir finden alſo hier einen durchgreifenden Unterſchied zwiſchen der durch einen erkennbaren Zwang und der durch einen erkennbaren Irrthum ausſchließlich beſtimmten Erklärung. Dort iſt der Sinn der Aeußerung, daß man ihren Inhalt gelten laſſen wolle, hier, daß er nur durch eine unrichtige Vorausſetzung bedingt ſei, ſoweit man dem Mitcontrahenten zumuthet, auf dieſe zu achten.

Bekanntlich ſagt Savigny (Syſtem, Band III, S. 113) ſcheinbar das Gegentheil:

> „Wenn wir ſagen, die irrige Vorſtellung habe den Willen beſtimmt, ſo iſt dieſes nur in einem ſehr uneigentlichen Sinne anzunehmen. Immer war es der Handelnde ſelbſt, der dem Irrthum dieſe beſtimmende Kraft einräumte. Die Freiheit ſeiner Wahl zwiſchen entgegengeſetzten Entſchlüſſen war unbeſchränkt; welche Vortheile ihm der Irrthum auch vorſpiegeln mochte, er konnte ſie verwerfen, und durch den Einfluß jener irrigen Vorſtellungen iſt daher das Daſein der freien Willenserklärung keineswegs aufgehoben.“

Allein die Behauptung, daß der Irrende ſich durch freie Wahl dem Irrthume unterwerfe, iſt kaum haltbar. Wüßte er, daß ſeine Anſicht ein Irrthum iſt, ſo würde er ſich ihr ſicherlich nicht unterworfen haben. Er geht alſo nicht, wie der Gezwungene,

mit offenen Augen dem unvermeidlichen Uebel entgegen, sondern der Irrthum blendet ihn. Trotzdem liegt in Savignys Behauptung ein wahrer Kern. Da nämlich jeder, der durch gewisse Voraussetzungen zu einer Erklärung getrieben wird, die Möglichkeit vor Augen haben muß, daß diese Voraussetzungen Irrthümer enthalten, die, z. B. wegen mangelnder Erkennbarkeit, [1]) unwesentlich sind, so liegt in der That in jeder derartigen Aeußerung ein gewisses Wagniß, dessen Folgen er sich selbst zuzuschreiben hat. Auf die Erklärungshandlung bezogen, sind also Savignys Worte richtig.

Wir sahen also, daß die erzwungene und die irrige Erklärung beide nicht „frei" in dem gewöhnlichen Sinne gewollt sind, daß es aber darauf nicht ankommt, da sie trotzdem gewollt sind, daß die Frage, ob der in solchen Erklärungen erwähnte Rechtserfolg gewollt sei, sich nicht allgemein beantworten läßt, aber gleichgültig ist, und endlich, daß der Sinn einer erkennbarer Weise durch einen Zwang bestimmmten Vertrags-Erklärung dahin geht, daß der in dieser erwähnte Rechtserfolg eintreten soll, daß dagegen bei einer in erkennbarer Weise ausschließlich durch einen Irrthum bestimmten Erklärung das Gegentheil der Fall ist. Warum trotzdem erzwungene Verträge nach römischem Rechte anfechtbar und nach heutigem, wie der Verfasser meint, nichtig sind, [2]) ist

---

[1]) Savigny, III, S. 259. Ueber Erkennbarkeit vgl. §. 30.

[2]) Der Verf. meint, daß schon im römischen Rechte die Unterschiede zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, welche, worin Schloßmann, Die Lehre vom Zwange, 1874, beizustimmen ist, mit dem Unterschiede von civilem und prätorischem Rechte zusammenhängen, wegen ihrer praktischen Geringfügigkeit (vgl. §. 16) nicht immer scharf hervorgehoben wurden, woraus sich vielleicht die bekannten Antinomieen in dieser Lehre zum Theile erklären. In der modernen Praxis scheint sich der Unterschied hier verwischt zu haben, wie schon oben Bd. II, S. 311 angenommen wurde. (Es geht dies schon daraus hervor, daß man sich seiner nicht klar bewußt wurde

von Savigny (III, S. 103 ff.) aus dem Zwecke des Rechtes auf das Klarſte entwickelt worden.

Zweiter Abſchnitt.

Caſuiſtik.

§. 24.

Der error in persona.

Der Verfaſſer erblickt den Hauptvorzug ſeiner Irrthumslehre darin, daß ſie keiner Caſuiſtik bedarf, ſondern die bunte Mannigfaltigkeit der Erſcheinungen in wenige Grundlehren zuſammenfaßt, welche der Unterabtheilungen nicht bedürfen, ſondern auf jeden einzelnen Fall unmittelbar anwendbar ſind.

Es iſt daher auch nicht eine Caſuiſtik ſeiner Theorie, welche er in dem Nachfolgenden entwickeln, es iſt vielmehr diejenige der herrſchenden Lehre, welche er als überflüſſig zerſtören will. Er will nachzuweiſen verſuchen, daß der in mühſamer und dennoch nur nothdürftiger Weiſe zuſammengefügte Bau der Kategorieen weſentlichen Irrthumes lediglich dadurch entſtanden iſt, daß man aus den Quellenſtellen — von vorgefaßten Meinungen aus-

---

und faſt durchweg vis als Nichtigkeitsgrund anführte; vergl. z. B. oben Bd. II, S. 393, Anm. 1. Cujacius). Die praktiſche Conſequenz hiervon iſt nach dem im §. 16 Ausgeführten, daß der Richter heutzutage den ihm bewieſenen Zwang, ſobald er die Anträge der gezwungenen Partei rechtfertigt, auch dann zu berückſichtigen hat, wenn die Partei nicht beſonders um die Berückſichtigung dieſes Ungültigkeitsgrundes bittet. Für den entgegengeſetzten römiſchen Grundſatz läßt ſich übrigens doch anführen, daß man kein ſtoiſcher Philoſoph zu ſein braucht, um es unter Umſtänden peinlich zu empfinden, wenn ein Richter ungebeten in ſeinem Urtheile feſtſtellt, daß man ſich durch einen Zwang habe erſchütttern laſſen (vgl. S. 311).

gehend — falſche Entſcheidungsgründe, welche ſie bei unbefangener Betrachtung nicht enthalten, herauslas.

Zwei philologiſche Irrthümer ſind es aber, welche man dabei zu vermeiden hat. Zunächſt die alte Lehre, welche error und falsa opinio identificirt, und ſomit den error zu einem ausſchließlich innerlichen pſychologiſchen Begriffe ſtempelt,[1]) während das Wort zwar auch ſehr oft einen Irrthum, daneben aber auch ein „Verſehen" oder einen „Mißgriff" bezeichnet.[2]) Dies letztere zeigt ſich namentlich darin, daß das Wort auch da verwendet wird, wo ein bei dem Vertragsſchluſſe weggefallenes Verſehen weder auf einer falsa opinio, noch auf einer ignorantia, ſondern lediglich auf einer Unaufmerkſamkeit oder Vergeßlichkeit beruht.

arg. l. 15, §. 1. dig. de damno infecto 39, 2. (Ulpianus):

> Si vero sine adjectione diei stipulatio fuerit interposita, si quidem ex conventione, quandoque fuerit commissa, ex stipulatu agitur, si vero per errorem, magis est illud dicendum, finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a praetore, ut liberetur.

Man kann den in dieſer Stelle enthaltenen Fall doch wohl unbefangener Weiſe nicht gut anders auffaſſen, als daß die Parteien durch eine Nachläſſigkeit ſich in der Abfaſſung des Vertrages verſehen haben.

---

[1]) Sintenis (Civilrecht, §. 22, Anm. 14) erklärt dies für unbezweifelt. Vergl. die Summa Azonis in Codicem ad titulum I, 18. §. 2: error vero est, cum aliud est, quam credam. Jo. Schilteri, jurisprudentiae totius elementa Argentorati 1698 regula 116, §. 2. p. 119: „error intellectum impedit." Lauterbach, collegii theorico-practici pars I. Tubingae 1714. ad. tit. 18, 1. p. 1182: „error, qui scientiae refragatur." Christianus de Wolff, institutiones juris naturae et gentium Halae 1763. p. 17, §. 33: „error dicitur disconvenientia notionis cum objecto." Die Definitionen der Neueren ſind bekannt.

[2]) Bd. I, S. 142, 272. Heſſe, Archiv f. civ. Pr., Bd. 57, S. 188.

Namentlich in dem Falle des Diſſenſes, in welchem der Acceptant ſich darüber irrt, was der Offerent geſagt hat, alſo ſich in einem „Irrthum als Mißverſtändniß“ [1]) befindet, tritt die Nebenbedeutung des error als einer verkehrten Handlungsweiſe, nicht blos einer verkehrten Vorſtellung, hervor. So erklärt es ſich, daß die bekannte lex 34. pr. dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2. (Ulpianus):

> Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus.

errare und consentire als Gegenſätze gebraucht. Es iſt in dem vorausgeſetzten Falle (si in nomine tantum erraverimus) gar nicht nöthig, daß beide ſich über den richtigen Namen in einem Irrthum befinden, vielleicht irrt ſich nur der Acceptant über den Namen des Grundſtückes und die dieſem in der Offerte gegebene entſprechende Benennung; dennoch heißt es hier von beiden: erraverimus, weil jeder mit ſeiner Erklärung hinſichtlich des Namens bei dem Ziele der Gegenerklärung vorbeiſchießt.

Auch in dem sed non puto errantem acquirere deutet vielleicht das errare auf das in Cornelianum ire hin.

Die Stelle fährt fort:

> §. 1. Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur. et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti. sed s procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.

[1]) So Windſcheid, Pandekten, §. 77.

Auch läßt sich allenfalls annehmen, daß errare hier so viel bedeutet, wie sich verlaufen oder sich verirren. Dadurch erklären sich namentlich die Schlußworte. Der Veräußerer hat den Prokurator eingewiesen, dieser verirrt sich, aber der Herr selbst, welcher von der Anweisung Kunde erhalten hat, geht selbst auf das richtige Grundstück, und dieses genügt zur Perfection des Traditionsactes.[1])

Mit dieser Uebersplelung der fehlerhaften Erklärung in die fehlerhafte Vorstellung hängt es auch zusammen, daß man auf das Wörtchen in in den Verbindungen error in persona, re und dergl. nicht das genügende Gewicht gelegt hat. So entstand die bekannte Controverse darüber, ob ein Irrthum „über" eine Person oder eine Sache ein Geschäft dann nichtig mache, wenn es dem Irrenden ganz gleichgültig war, ob die in der Erklärung genannte Person oder Sache von der Vertragsnorm betroffen werden sollte, oder die mit ihr verwechselte.[2]) Allein der Verfasser hegt nicht den geringsten Zweifel, daß bei der Richtung einer Erklärung an eine von mehreren dem Erklärenden gleichwerthigen

---

[1]) Uebersetzt man errare hier mit „sich irren", so muß man sich einen etwas complicirten Fall ausdenken, um die Stelle zu verstehen. Exner, Tradition, S. 131, Anm. 22, hält sie für eine unerklärliche Singularität.

[2]) Vgl. hierzu Brinz, Pand., S. 1400, 1412. Savigny, System, III, S. 270, 272, nota i. Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechtes, §. 108, Anm. 10; Windscheid, Pand., §. 76, Anm. 6; Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft, S. 524; Bruns, Pandektenfragmente, S. 482. Hiernach dürften sich auch die von Exner (Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867, S. 279, Anm. 88) gegen Windscheid vorgebrachten Bedenken erledigen. Vgl. auch oben Band I, S. 273. Natürlich ist der Personenirrthum auch da, wo dem Irrenden an der concreten Individualität des Mitcontrahenten nichts lag, immer dann erheblich, wenn er bewirkt, daß eine beiderseitige Bestimmung des Individuums, zu dessen Gunsten der Vertrag ausgeführt werden soll, nicht zu Stande kommt; arg. l. 32. dig. de reb. cred. 21, 1.

Personen, z. B. eine Obstverkäuferin auf dem Markte, welche dabei zufälliger Weise mit einer anderen verwechselt wird, von einem error in persona nicht die Rede sein kann. Ein Irrthum über die Person liegt vor, nicht aber ein Versehen aus Irrthum, nicht eine Richtung der Erklärung auf ein unerwünschtes Ziel. Man erklärt hier etwas durchaus Erwünschtes und hat nur nebenbei eine außerhalb der Geschäftsabsicht liegende falsche Ansicht über die Person, mit welcher man zu thun hat.[1])

Dieser „Irrthum über die Person", „Sache" u. s. w. ist dadurch entstanden, daß man dem error in persona, re u. s. w. einen error circa rem[2]) in quellenwidriger Weise substituirte und dieses demnächst in das Deutsche übertrug.

Wir werden demnächst also den error in persona definiren müssen als

---

[1]) Die Canonisten sprechen in solchen Fällen einer dem Irrenden für seinen Entschluß gleichgültigen Personenverwechslung von einem error concomitans, „quo significare solent juris periti errorem, qui ita comitatur actum, ut illo etiam non existente, is adhuc fieret." Halfes, de impedimento erroris. Halle 1861, S. 27. Die Berufung auf solche Irrthümer zuzulassen, hat in der That weder Sinn noch Zweck.

[2]) Vgl. z. B. Justi Mejeri, collegium Argentoratense 1657. t. I. pag. 999. c. 13. G. A. Struvii, syntagma juris civilis 1692. VIII. p. 1502. Henr. Hahnii, observata theoretico-practica. I. 1659. p. 995. Berger, oeconomia juris Lipsiae anno 1734. p. 669. Lauterbach, collegii theorico-practici. pars I. Tubingiae 1714. pag. 1183. cap. 106. Jo. Balth. Werner, manuale pandectarum, Marburgi 1736. pag. 161. Zuerst hatte man den error in persona in einen error personae verwandelt. (Vgl. Odofredi, interpretatio in undecim primos pandectarum libros. Lugduni 1550. pag. 96, 2. Spalte, ferner Gratian in der zu besprechenden causa 29, qu. 1 und die Canonisten, welche sich alle ihm anschließen.) Aus diesem error personae ist dann später der error circa personam (schon Bartolus, ad legem 34. dig. de contr. emtione 18, 1, spricht vom error circa accessoria) und schließlich der „Irrthum über die Person" hervorgegangen.

die Bezeichnung einer unerwünschten Person in einer Geschäftserklärung in Folge eines Irrthums oder Versehens.

Schon diese Definition weist uns darauf hin, daß die Lehre vom error in persona eine erhebliche Besonderheit vor dem error in re voraus hat. Beides, sowohl Person als Sache, werden als von der Geschäftswirkung zu berührende Objecte bezeichnet; allein die Person spielt daneben noch eine weitere Rolle, sie ist nicht nur ein Bestandtheil des Inhaltes der Erklärung, sondern auch die Erzeugerin der einen der beiden Erklärungen. In einseitigen Verfügungen kommt freilich diejenige Person, welche Gegenstand der Zuwendung werden soll, nur passiv als empfangend in Betracht und es kann nach dem oben Ausgeführten keinem Zweifel unterliegen, daß hier bei letztwilligen Acten eine jede Erklärung zu Gunsten einer nachweislich unerwünschten Person nichtig ist, mag der Irrthum sogleich erkennbar sein oder erst später.

arg. l. 9, pr. dig. de hered. instit. 28, 5. (Ulpianus):

> Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti frater meus, patronus meus, placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.[1])

Bei Vertragserklärungen spielt dagegen die Person des Mitcontrahenten schon bei der ersten Vorbedingung von Vertragswirkungen, den in gegenseitiger Richtung abgegebenen beiden Aeußerungen (§. 6), eine Rolle. So kann schon in dieser Hinsicht ein error in persona bei Erklärungen durch Boten eintreten,

[1]) Was velle hier bedeutet, ergiebt sich aus dem Bd. I, S. 224 ff. Ausgeführten; vergl. oben §. 17. Den Band I, S. 225, Anm. 2 ausgesprochenen Zweifel hat der Verf. schon im §. 17 fallen gelassen.

wenn der Bote die richtig adressirte Offerte an eine falsche Adresse bringt (Bd. I, S. 128, Anm. 3). Erfolgt dann eine Annahme, so ist das Geschäft nicht wegen eines Irrthums nichtig, sondern wegen mangelnder Gegenseitigkeit der Vertragserklärungen liegt überhaupt kein Contractsabschluß vor.[1]) Die Erklärungshandlung äußerte hier ihre Wirkung an einer anderen Stelle des Raumes, als wo es beabsichtigt war. Anders, wenn ich nicht durch einen Boten contrahire, sondern mein Mitcontrahent vor mir steht. Hier kann die Erklärung nicht abirren. Sie trifft dorthin, wohin sie gezielt ist, und kehrt von dort zurück. Selbst die Vertragshandlungen bei der bekannten Ehe des Jacob wurden mit der Lea vorgenommen, nicht mit der Rahel.

Nur hierauf kann eine Reihe von Stellen[2]) bezogen werden, welche man mit Unrecht für die Lehre vom dissensus in persona für bedeutsam hält.

l. 18, §. 3. dig. de injuriis 47, 10. (Paulus):

> si quis putet me Lucium Titium esse, cum sim Gajus Sejus: praevalet, quod principale est, injuriam eum mihi facere velle: nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse, quam sum, et ideo injuriarum habeo.

l. 5, §. 5. dig. quod vi aut clam 43, 24. (Ulpianus):

> Si quis, dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.

---

[1]) Es würde sonst auch noch deswegen nichtig sein, weil der Sinn der Offerte, wie sich aus ihrer Adresse ergiebt, sich nicht mit der Annahmeerklärung deckt. Anders wenn der Oblat das Versehen des Boten nicht bemerken konnte.

[2]) Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 485.

l. 5, §. 1. dig. de negot. gestis 3, 5. (Ulpianus):

> Sed et si, cum putavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.[1])

In der That, wenn ich jemanden schlage, betrüglich hintergehe oder sein negotium führe, z. B. seinen Hund füttere, so kann niemand hiervon betroffen werden, als eben er selbst. Bilde ich mir ein, einen anderen zu treffen, so kann dies an der Sachlage nichts ändern. Genau so verhält es sich allerdings mit einer an eine bestimmte Person adressirte Vertragsofferte. Nur mit dieser Person, nicht mit einer anderen, an welche der Offerent dachte, können Vertragsverhandlungen zu Stande kommen.[2])

Damit soll aber auch nicht im entferntesten gesagt werden, daß solche Verhandlungen ohne weiteres gültig sind. Das Recht verlangt vielmehr zu gültigen Verträgen nicht blos gegenseitige Erklärungen, sondern auch deren übereinstimmenden Sinn, bei Familienrechtsverträgen überdies, daß keine der beiden Erklärungen einen ihrem Urheber im Augenblicke der Erklärung unerwünschten Inhalt hat.[3])

Wenn also z. B. auch Jacob mit der Lea Vertragshandlungen abschloß, nicht mit der Rahel, so bildeten diese doch nicht einen consensus, sondern einen dissensus — denn der Sinn der

---

[1]) Vgl. auch l. 14, §. 1, 29 pr. comm. div. 10, 3. l. 5, §. 10 (6 §. 8) neg. gest. 3, 5. Zur Begründung der Klage gehört freilich nicht blos die Absicht einer Erledigung des concreten Geschäftes, sondern auch der Zweck, hierdurch den dominus negotii zu verpflichten. Findet hinsichtlich des Objectes dieses animus obligandi eine Personenverwechslung Statt, so wird sie nach den oben dargelegten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen berichtigt (s. Bd. I, S. 230, Anm. 3).

[2]) Vgl. hierzu Zitelmann a. a. O., S. 455, und dagegen Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882, S. 23—29.

[3]) Spätere Willensänderungen sind natürlich völlig gleichgültig.

beiden Erklärungen deckte ſich nicht —, wenn man die Unwiſſenheit der Lea von dem Betruge vorausſetzt, wenigſtens einen inneren Diſſens.

Einen wahren Diſſens behandeln folgende beiden Stellen:[1]) l. 52, §. 21. dig. de furtis 47, 2:

> Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subjecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti, furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur. und

lex 66, §. 4. dig. eodem:

> Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum cui crederem et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur, scit.

Die Stellen ſchweigen gänzlich über die Frage des Eigenthumsüberganges, welche, falls der falſche Titius den Betrug kennt, ſchon wegen des furtum verneint werden muß. Ein argumentum e contrario dürfen wir aus dieſem Schweigen aber nicht entnehmen;[2]) denn auch heutzutage würde ſchwerlich ein Juriſt, welcher jene Fälle nach §. 263 des Reichsſtrafgeſetzbuches zu beſtrafen hätte, dieſe Gelegenheit zu eingehenderen Auslaſſungen über den error in re benutzen.

Ein ſolcher Diſſens muß alſo überall da vorliegen (§. 8), wo die Individualität eines der Contrahenten oder beider eine unerläßliche Vorbedingung des Vertragsabſchluſſes für einen oder beide war und dieſes ſeitens der daran Intereſſirten dem

---

[1]) Vgl. Savigny, III, S. 269, 372. Brinz, S. 1413. Windſcheid, Pand., §. 76, Anm. 6.

[2]) A. M. anſcheinend Windſcheid, §. 76, Anm. 6.

Mitcontrahenten erkennbar wurde.[1]) So bei allen Familienrechtsverträgen, Schenkungen und Verträgen über Leistungen höherer Art.

Auch als stillschweigende Bedingung kann die Identität eines der Contrahenten mit einem anderen in Betracht kommen. So z. B., wenn die Häupter zweier adeliger Häuser für sich und ihre Descendenz einen Erbverbrüderungsvertrag schließen und es sich nachher herausstellt, daß der eine ein untergeschobenes unadeliges Kind war, welcher dem rechtmäßigen Prätendenten weichen muß.[2])

Man übersehe nicht, daß in Vertragsabreden Personen nicht blos als die Vertragsschließenden und zugleich vom Vertrage

---

[1]) Mit der für einseitig belastende und Familienrechtsverträge in §. 21 behaupteten Beschränkung. Bei operae liberales möchte es scheinen, als ob eine analoge Behandlung geboten sei, wie bei Familienrechtsverträgen, und z. B. ein Theaterdirector, der mit einer falschen Künstlerin contrahirt hat, ohne daß diese es bemerken konnte, höchstens für culpa in contrahendo hafte. Hier helfen jedoch die weitgehenden Kündigungsbefugnisse, welche m. E. noch heute bei diesen von den Römern dem Mandatsbegriffe unterstellten Verträgen gelten. Eben weil solche Dienste, wenn sie erzwungen sind, keinen Werth besitzen, haben die Römer sie nicht der locatio conductio operis oder operarum unterstellt, um den Grundsatz einer bei pecuniärer Entschädigung freien Kündbarkeit hier zuzulassen.

[2]) Von Seiten der Canonisten ist oft und wiederholt dagegen protestirt worden, daß man die stillschweigenden Bedingungen mit der Irrthumslehre verbinde (vgl. z. B. München, Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie, Band 8, Heft 3, S. 71, welcher hiergegen mit großer Lebhaftigkeit polemisirt), theils weil sie in einem anderen Capitel stehen — woraus freilich nur folgen würde, daß sie von jetzt ab in dasselbe Capitel zu stellen sind —, theils weil die Setzung einer Bedingung nur bei einem Zweifel über den zur Bedingung gemachten Umstand möglich sei. (So Halfes, de impedimento erroris, Halle 1861, S. 33.) Dies ist nicht richtig. Man kann sehr wohl einen Umstand für wahr halten, doch aber — der größeren Sicherheit wegen — seine Richtigkeit ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung machen. Daß jener Protest der Canonisten trotzdem nicht völlig grundlos war, soll unten erwiesen werden (S. 413).

Betroffenen in Betracht kommen. Bei Verträgen durch Stellvertreter und bei Verträgen zu Gunsten Dritter erscheint neben denjenigen, welche die Verhandlungen führen, noch die Erwähnung anderer als wesentlicher Bestandtheil der Vertragsabrede. Auch hierbei ist ein Dissens möglich. So wenn der Vertreter für sich oder den Mandatar A offerirt und die Offerte als für den Mandatar B geschehen acceptirt wird. Ferner, wenn jemand für seine Frau einen Lebensversicherungsvertrag abschließen will und die Police aus Versehen auf seinen Sohn ausgestellt wird. Das Gleiche gilt natürlich auch, wenn die Erklärung hinsichtlich des Dritten zweideutig ist und nicht durch eine innere Uebereinstimmung geheilt wird, weil ja durchweg bei zweideutigen Punkten der blos innere Dissens grundsätzlich dem erkennbaren gleichsteht.[1]) Dies ist der Fall der berühmten lex 32. dig. de rebus creditis 12, 1. (Celsus):

> Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatis sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimen, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Darlehen konnten schon nach römischem Rechte zu Gunsten eines Dritten durch einen von diesem delegirten Schuldner abgeschlossen werden.[2]) Hier wird nun bei einem solchen Vertrage die Person des Dritten nicht scharf genug hervorgehoben und da

---

[1]) Bd. I, S. 182 ff., S. 278, Nr. 8.

[2]) l. 15. dig. de reb. cred. 12, 1.

in Folge eines Mißverständnisses jeder an einen anderen denkt, so liegt ein Dissens vor.

Noch in anderer Art kommen dritte Personen neben den Contrahenten innerhalb der lex contractus in Frage. Bald als solutionis causa adjecti, — wo dann der Dissens nicht immer eine unerläßliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses treffen wird —, bald als diejenigen, an denen die Vertragsleistung vollzogen werden soll. So z. B. wenn ein Vater für seinen Sohn einen Clavierlehrer annimmt. Endlich sind sie oft das Subject von Bedingungssätzen, die dem Vertrage eingefügt sind; so, wenn jemand das Leben seines Sohnes versichert. In allen diesen Beziehungen kann ein Dissens vorliegen, indem jeder Contrahent von einem anderen Individuum redet; in allen diesen Fällen kann desgleichen die Identität des beiderseits bezeichneten Individuum mit einer gewissen Person zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Geschäftes gemacht werden. So z. B. wenn ein Bauer in seinem Altentheilsvertrage mit dem ältesten Sohne einem Dritten, welchen er irrthümlicher Weise für seinen aus Amerika zurückgekehrten jüngeren Sohn ansieht, Rechte ausbedingt u. s. w. Bei Adoptionen ist die Person Geschäftsgegenstand.

Gleichgültig muß es in allen diesen Fällen sein, ob die erwünschte Person, welche mit der unerwünschten verwechselt wird, noch lebt oder überhaupt, ob sie in der Wirklichkeit oder blos in der Vorstellung des Irrenden als ein von der unerwünschten Person verschiedenes Wesen existirt. Dieses Letztere wird von einigen Canonisten bestritten. Eine Hochstaplerin hatte sich für eine Gräfin Liebenstein ausgegeben und eine Ehe erzielt. Nehmen wir nun an, was in dem vorliegenden Falle verneint wurde, daß die Ehe nur in Folge jenes Betruges zu Stande gekommen ist, so sollte der Irrthum nach der soeben erwähnten Ansicht doch nur dann erheblich sein, wenn es eine Gräfin Liebenstein wirklich

gab.[1]) Allein zur Beantwortung der Frage, ob ich eine vor mir befindliche Person heirathen will, von welcher ich meine, daß sie mit einer anderen identisch ist, welche nach meiner Vorstellung von demjenigen Wesen, welches vor mir steht, räumlich getrennt ist,[2]) dürfte es doch schließlich gleichgültig sein, ob diese andere erwünschte Person wirklich vorhanden ist oder nicht. Dadurch, daß sie nur ein Phantasiegebilde und nicht von Fleisch und Blut ist, kann die andere mit ihr verwechselte mir um nichts begehrenswerther werden.

Man hat dies wohl auch nur bestritten, um eine scharfe Grenzscheide zwischen dem error in persona und demjenigen in qualitate personae zu gewinnen. Eine solche subtile Schei-

---

[1]) München in der Ztschr. f. Philosophie und katholische Theologie, Bd. 8, Heft 3, S. 64.

[2]) Für Klarstellung des inneren Zusammenhanges zwischen dem Identitäts- und dem Raumbegriff findet sich vieles Beachtenswerthe bei Zitelmann, Irrtum und Rechtsgesch., S. 443 ff. Wenn Zitelmann jedoch den Irrthum über Identität demjenigen über Eigenschaften grundsätzlich beizählt, so folgt dies aus seinem Eigenschaftsbegriffe (S. 442): „Eigenschaft ist jedes Merkmal des Dinges, überhaupt alles, was von dem Dinge ausgesagt werden kann." Nach römischem Rechte ist der Eigenschaftsbegriff, wie erwiesen werden soll, gleichgültig. Dem canonischen Rechte entspricht jener weite Eigenschaftsbegriff sicherlich nicht: denn dies will den error personae von dem error qualitatis unterschieden wissen. Ueber die Richtigkeit jener weiten Definition vom metaphysischen Standpunkte enthält sich der Verfasser jedes Urtheils und citirt nur die Worte Lotze's in der „Metaphysik", Leipzig 1879, S. 48: „Wir müssen zugestehen, daß Qualität in ihrer eigenartigen Bedeutung uns ausschließlich in den sinnlichen Empfindungen und in keinen anderen Beispielen gegeben ist. Alles, was wir außerdem in nachlässigerem Sprachgebrauch so nennen, besteht in Verhältnißbestimmungen, die wir zwar, in adjectivische Ausdrücke zusammengefaßt, als Eigenschaften ihrer Subjecte behandeln, deren eigentlicher Sinn aber doch nur durch ein discursives Vergleichen mannigfacher Beziehungspunkte und nicht einer Anschauung gefaßt werden kann."

dung ist durch das canonische Recht in der That nöthig geworden. Dieses bezeichnet in einer Ausführung Gratians, welche durch Gewohnheitsrecht Gesetzeskraft erhalten hat,[1]) den error qualitatis mit einer einzigen Ausnahme als unerheblich.[2]) Warum dieses dictum Gratiani Gesetzeskraft erlangte, läßt sich wohl erklären. Die Ehe erfordert nach sittlicher Auffassung eine andere Behandlung, als Vermögensrechtsverträge. Die thatsächliche Auflösung der Ehe nach geschehener wirklicher Vollziehung ist ohne einen irreparabeln Schaden nicht möglich[3]) und zwar sowohl nicht ohne Nachtheil für die Contrahenten und für deren Familien, als auch für die Allgemeinheit.[4]) Ueberhaupt sind Dritte an dem Bestande der Ehe im höchsten Grade interessirt. Von einer unbedingten Auslegung des Ehevertrages nach den Parteiintentionen kann daher nicht die Rede sein. Der Parteiwillen muß in feste Schranken gebannt sein. Schon das römische Recht zeichnete die Ehe aus, indem es sie für frei auflöslich erklärte,

---

[1]) cap. 29 qu. 1. decret. Gratiani, eine Stelle, welche wahrscheinlich den gleichglautenden sententiae des Petrus Lombardus entnommen ist. So Zimmermann, Ztschr. für Kirchenrecht, Bd. 8, S. 37. Zustimmend Dove, ebenda. A. M. Daller, Der Irrthum als trennendes Hinderniß, 1861, §. 4, S. 10.

[2]) Daß die Erheblichkeit des error conditionis keine Ausnahme von dem error qualitatis ist, wie vielfach behauptet wird, hält der Verfasser für der Widerlegung nicht bedürftig.

[3]) Vgl. das bei Thomas von Aquino summa tot. theol. supplem. III. partis. qu. 51. art. 2. allerdings unter den von ihm zu widerlegenden Sätzen aufgeführte Argument: potest contingere, quod per multos annos iste error detineatur et filios et filias generent simul. sed grave esset dicere, quod tunc essent dividundi.

[4]) München, Zeitschrift für Philosophie uud kathol. Theol., Bd. 8, Heft 3, S. 70, Anm., citirt das Muster einer pastoralen Ermahnung enttäuschter Ehemänner: „Er stelle ihm vor, welches Aufsehn und welchen übeln Eindruck die Trennung bei dem Publikum machen würde."

was es bei Vermögensrechtsverträgen nicht that. Die nachtheiligen Folgen, welche diese Lösung der Frage nach sich zog, sind bekannt.

Die christliche Sittlichkeit, welche über die Unterordnung der Wünsche und Entschlüsse des Individuums unter die den Bedürfnissen der Gesammtheit der Menschen entsprechenden göttlichen Gebote strenger denkt, als der heidnische Individualismus, der in seinem Freiheitstriebe die Grundlagen der Sittlichkeit und damit der Gesellschaftsordnung zerstört hatte, stellte auch in dem Eherechte an den Einzelnen strengere Anforderungen, als es die römischen Vorschriften thaten. Demgemäß verwirklichte das canonische Recht das Scheidungsverbot der Bergpredigt. Allein man mußte noch einen Schritt weiter gehen und die Anfechtung der Eheschließungen wegen Dissenses oder stillschweigender Bedingungen einschränken. Hätte man die Nichtigkeit der Ehe wegen jeder irrigen einseitigen unerläßlichen Vorbedingung des Geschäftes, die dazu ja nicht einmal erkennbar zu sein brauchte, zugelassen, so würde der allgemeinen Sittlichkeit der schwerste Schaden angethan worden sein. Die durch die Anfechtung der Ehe abgewehrte Enttäuschung würde dann nur allzu oft im schroffsten Mißverhältnisse zu dem Nachtheile dieser Anfechtung gestanden haben. Ferner würde durch Zulassung stillschweigender Bedingungen der Collusion Thür und Thor geöffnet worden und das Scheidungsverbot praktisch illusorisch geworden sein.[1]) Darum

[1]) Auch die Zulassung ausdrücklicher Bedingungen hatte ihre großen Bedenken. Die Parteien konnten leicht einen anscheinend ihnen unbekannten, in Wirklichkeit aber unrichtigen Umstand zur Bedingung machen, um einem jeden von beiden die Möglichkeit der Auflösung des Bandes zu wahren. Dagegen gewährte die Vorschrift, daß die Beischlafsvollziehung als Verzicht auf die Bedingung gelten sollte (can. 3, 5, 6. X. de cond. app. IV, 5. Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 270, Anm. 17), wenigstens eine gewisse Abhülfe.

sind in einem richtigen Gefühle, wenn auch unter Angabe völlig unzureichender Gründe, die stillschweigenden Bedingungen der Ehe von der herrschenden Meinung[1]) aus der Irrthumslehre hinausgewiesen worden. Da somit die römische Vertragstheorie auf Ehen nicht anwendbar war,[2]) wenn man nicht das Scheidungsverbot der Bergpredigt hätte zerstören wollen, so blieb nichts übrig, als eine eigene Irrthumstheorie für Ehen aufzustellen. Diese war casuistisch, wie die Irrthumslehre der romanistischen Glossatoren, welche aus den einzelnen Beispielen der Quellen die durchgreifenden Grundregeln nicht zu entnehmen vermochten und daher jene Beispiele gruppenweise nach dem äußerlichen Merkmale des Gegenstandes, über welchen in dem vorliegenden Falle geirrt war, zusammenfaßten. Nur strich Gratian den error qualitatis, welcher wenigstens in gewissen Fällen bei Vermögensrechtsgeschäften als wesentlich galt, für das Eherecht mit einer Ausnahme ganz fort.[3]) Dadurch erwuchs nun der cano-

[1]) s. oben S. 407, Anm. 2.

[2]) Wenn Gratian, c. 29. quaestio 1, und Thomas a Aquino, summa totius theologiae, Antwerpiae 1585, supplem. 3. part. quaest. 51. art. 2 et 4. voraussetzen, daß ihre Theorie aus dem Consensbegriffe folge (vgl. hierüber besonders unten §. 32), so sind wir heutzutage glücklicher Weise trotz aller Hochachtung vor diesen Autoritäten nicht mehr benöthigt, ihnen diese unrichtige Behauptung blos um ihres Ansehens willen zu glauben, womit es sich freilich in früheren Jahrhunderten anders verhielt. Für den besonderen Charakter des Eherechtes vergleiche auch Daller, Der Irrthum als trennendes Ehehinderniß, Landshut 1861, S. 1 ff. Vgl. auch Bekker, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 22, S. 52, nota a.

[3]) Auch der error in negotio fiel dabei ins Wasser und doch muß auch er zur Zeit der formlosen Eheschließung das Geschäft nichtig gemacht haben. So z. B., wenn jemand einem Mädchen sponsalia de futuro offerirte und sie aus Mißverständniß sponsalia de praesenti acceptirte. Oder auch, wenn jemand eine endgültige Heirathsofferte machte und die Angeredete glaubte, daß sie als Magd gemiethet werden sollte, ein Fall, zu dessen Construction Göthes „Hermann und Dorothea" anregt.

nistischen Praxis die schwierige Aufgabe, ein Merkmal festzustellen, an welchem man im einzelnen Falle erkennen konnte, ob ein Irrthum ein error personae oder qualitatis personae sei.

Bei dieser Frage übersieht man nur zu oft eine Wahrheit, welche dem staunenswerthen Scharfsinne des Thomas von Aquino[1]) nicht entgangen ist, nämlich, daß der error qualitatis und der error personae nicht zwei sich ausschließende Begriffe sind. Da nämlich verschiedene Individuen verschiedene Eigenschaften haben, so ist mit jeder Personenverwechslung auch eine Verwechslung ihrer bei beiden verschiedenen bekannten Eigenschaften nothwendig verbunden. Wird also der error personae für erheblich, der error qualitatis für unerheblich erklärt, so ist das Letztere durch das Erstere dahin zu restringiren: „der Eigenschaftsirrthum ist nur dann unerheblich, wenn nicht damit ein Personenirrthum verbunden ist." Dieses wollte Thomas mit seinem error qualitatis in errorem personae redundans sagen. Er ist in doppelter Hinsicht mißverstanden worden. Einmal ist behauptet worden, bei jedem error in persona müsse die erwünschte Person, welche mit der unerwünschten verwechselt wird, existiren oder existirt haben,[2]) und außerdem nach der Vorstellung des Irrenden ein nach einem untrüglichen Merkmale auffindbares Individuum oder Mitglied eines aus auffindbaren bestimmten Individuen bestehenden Personenkreises (z. B. einer von den Söhnen dieses Königs)[3]) sein. Der einzig beachtenswerthe Grund für diese

[1]) Summa tot. Theologiae suppl. tertiae partis quaest. 51. art. 2 et 4. Antwerpiae 1585.

[2]) Was zum Erweise dieses Satzes von München (Zeitschrift für Philosophie und kath. Theologie, Bd. 8, Heft 3, S. 61 ff.) in seinen Auslassungen über identische Urtheile an Subtilitäten aufgeführt ist, übergeht der Verfasser, um diese Lehre nicht zu verwirren.

[3]) So übersetzen viele (München, Zeitschrift für Philosophie und kath. Theologie, a. a. O., S. 55, Halfes, de impedimento erroris, Halle

restrictive Ansicht ist, daß man sonst keine Grenzscheide zwischen dem error personae und error qualitatis ziehen könne. Allein sie ist trotzdem herzustellen, wenn auch vielleicht nicht ohne Mühe. Eine Personenverwechslung (error personae) liegt dann vor, wenn die irriger Weise vorgestellte Person nach der Meinung des Irrenden ein außerhalb der Körperhülle der thatsächlich angeredeten Person existirendes Wesen ist, wenn also das Bild, welches der Irrende sich von ihr entwirft, die Vorstellung enthält, daß diese Person früher zu irgend einem Zeitpunkte außerhalb desjenigen Raumes gelebt haben muß, welchen die unerwünschte Person in ihrem bisherigen Leben zu der gleichen Zeit ausfüllte, denn zwei Dinge, welche zu gleicher Zeit verschiedene Theile des Raumes ausfüllen, können nicht identisch sein. Dies giebt das praktische Auskunftsmittel, mit welchem zweifelhafte Identitätsfragen entschieden werden müssen. Giebt sich also z. B. der Sohn einer Bäuerin für den Sohn einer Königin aus, so bewirkt der dadurch hervorgerufene Eigenschaftsirrthum, wenn er bei der Eheschließung bestimmend wirkte, zugleich einen Personenirrthum; denn die gedachte Person konnte unmöglich sich an derselben Stelle befinden, an welcher sich die wirkliche befand, als eine Bäuerin ihn gebar. Es liegt also in einem solchen Falle ein error qualitatis vor, der einen Identitätsirrthum nach sich zieht.

Es gehört aber auch durchaus nicht zu dem Begriffe der Personenverwechslung, daß der Irrende von der erwünschten Person, welche er unrichtiger Weise vor sich zu sehen glaubt, sich ein solches Merkmal, welches sie von jeder anderen Person

---

1861, S. 21) das Beispiel des Thomas von Aquino a. a. O. si autem directe intendit consentire in filium regis quicunque sit ille: tunc si alius praesentatur ei qua filius regis, est error personae et impeditur matrimonium. Bei unbefangener Beobachtung wird man zugeben müssen, daß Thomas in Wahrheit von den Söhnen eines bestimmten Königs nicht redet.

unterscheidet, in seinem Bewußtsein vorstelle.[1]) Es kann doch nur darauf ankommen, daß dies vorgestellte Erkennungsmerkmal sie von der mit ihr verwechselten Person räumlich scheidet, ihr Verhältniß zu Dritten ist gleichgültig.[2])

Ein bloßer Eigenschaftsirrthum liegt aber vor, wenn das vorgestellte Trugbild zwar von der Wirklichkeit abweicht, jedoch nur in und an demselben räumlich umgrenzten Wesen, mit welchem schließlich der Ehevertrag zu Stande kommt, gedacht wird.

Die Nothwendigkeit einer so subtilen Unterscheidung ist die Folge davon, daß das canonische Recht die Erheblichkeit des Irrthums von der äußerlichen Qualität des Gegenstandes, über welchen geirrt wird, abhängig machte, weil es sie weder von dem Einzelwillen des Irrenden, noch von dem stillschweigend erklärten Inhalte der Abrede abhängig machen konnte, ohne den Grundsatz der Unlösbarkeit der Ehe in seiner praktischen Gestaltung ernstlich zu gefährden.

Andere Canonisten als die erwähnten haben in der näheren Auslegung des error qualitatem redundans nach einer anderen Seite hin gefehlt, nämlich sein Anwendungsgebiet erweitert.[3]) Sie hielten den Qualitätsirrthum schon dann für einen Personenirrthum, wenn der Irrende durch ihn bestimmt wurde, gerade diese

---

[1]) Vgl. von Schulte, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechtes, Gießen 1873, 3. Aufl., Bd. I, S. 452. Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechtes, Regensburg 1862, S. 1007.

[2]) Wer eine von zwei ihm unbekannten Töchtern eines bestimmten Mannes — gleichviel welche — heirathen will und den Ehevertrag mit einer dritten Person abschließt, begeht eine Personenverwechslung, obwohl das Erkennungsmerkmal der erwünschten Person ihr mit ihrer Schwester gemeinsam ist.

[3]) Als Urheber dieser Strömung gilt van Espen, jus eccles. univ. pars 2, tit. 13. c. 3. no. 4. (nicht wie München a. a. O., S. 60, citirt, cap. 18).

Person zu wählen. In dieser Reinheit durchgeführt, würde freilich der canonische Satz, daß der error qualitatis unwesentlich sei, völlig aufgehoben werden.[1]) Darum schlug ein Theil der Vertreter dieser freieren Richtung einen Mittelweg ein. Nicht schon bei innerem oder erkennbarem Dissense über eine für den Irrenden entscheidende Qualität halten sie die Ehe für nichtig, sondern nur bei einer solchen Eigenschaft, wie sie nach gemeiner Meinung als unerläßliche Vorbedingung des Contractes gilt und daher von beiden Contrahenten als stillschweigend dem Geschäfte eingefügt zu betrachten ist.[2]) Nur in denjenigen Rechtsgebieten,

---

[1]) Einen besonders laxen Standpunkt vertritt hier Tamburinus, liber 8. de matrimon. tract. 1. de impedimentis matrimonii. cap. 2, §. 1, n. 21, 22. opera Lugd. 1689. p. 126. Si occasione seu consideratione alicujus personae determinatae seu individuae et singularis, tunc illa qualitas refunditur in personae substantiam, et consequenter, si qualitas illa non adsit, sed per errorem putetur adesse, invalidat matrimonium. Die Hauptgegner dieser freieren Ansicht vgl. bei München, Zeitschrift für Philosophie und kath. Theologie, Bd. 8, Heft 3, S. 79 ff. Dagegen auch von Schulte, Lehrbuch des kathol. Kirchenrechts, Gießen 1873, Band I, 3. Auflage, S. 452. Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechts, Regensburg 1862, S. 1007.

[2]) Das ist im wesentlichen die Ansicht von Justus Henning Böhmer, introductio in jus digestorum 4. ed. Halae 1736. lib. 23. tit. 1. cap. 6; ebenso Schenklius, institutiones juris ecclesiastici. Landishuti 1830, §. 684, S. 397, welcher von qualitates, cui ex communi hominum aestimatione contrahentium consensus tacite affixus ist, spricht. Aehnlich auch Walter, Kirchenrecht, §. 305 (vgl. gegen diese Ansicht Richter-Dove, Kirchenrecht, §. 270, Anm. 11, und die dort Citirten). Selbst die Unerheblichkeit des error fortunae wurde schließlich angezweifelt (Schaumburg, compendium juris digestorum, Jenae 1757, pars III, p. 59: „error fortunae non simpliciter est vilipendendus"). Schenklius unterscheidet zwischen den Eigenschaften, ohne die jemand contrahere noluit, und denjenigen, ohne welche er contrahere noluisset. In dieser sicherlich nicht exact formulirten Unterscheidung (§. 17) glaubt der Verfasser den von ihm ausgeführten Unterschied zwischen denjenigen Beweggründen, deren Richtig-

in welchen diese Ansicht, welche dem richterlichen Ermessen einen großen Spielraum gewährt, durch ein wahres partikulares Gewohnheitsrecht sanctionirt ist, kann sie als geltend betrachtet werden.[1]) Auch nach dieser freieren Theorie besteht noch ein erheblicher Unterschied zwischen der canonischen Irrthumslehre und derjenigen des römischen Vermögensrechtes, denn bei letzterem ist jede als unerläßliche Vorbedingung des Geschäftes erkennbar gemachte Voraussetzung einer Eigenschaft der richtigen Meinung nach wesentlich, nicht blos eine nach allgemeinen Verkehrsbedingungen wesentliche; denn in erster Linie steht bei der Vertragsauslegung stets der erkennbare Wille des concreten Individuums, erst in zweiter die Regel des Lebens (§. 9). Richtig ist aber schon nach der letzteren z. B. das Darlehn mit einer Person, welche der Darleiher in erkennbarer Weise für sui juris hielt,

---

keit dem Mitcontrahenten in erkennbarer Weise als Geschäftsbedingung zugemuthet wird, und den sonstigen Beweggründen (Bd. I, S. 260 ff.) anerkannt zu sehen.

[1]) Inconsequent sind diejenigen Canonisten, welche, wie Daller, Der Irrthum als trennendes Ehehinderniß, Landshut 1861, einerseits zugeben, daß das ältere Gewohnheitsrecht die Macht gehabt habe, der Theorie Gratian's gesetzliche Kraft zu verleihen, und andererseits dem neueren die Macht absprechen, sie zu modificiren. — Für ein solches Gewohnheitsrecht, welches allerdings zum Theile durch Berufung auf Mißverständnisse des alten Rechtes gestützt worden ist, oder doch wenigstens für seine gesetzliche Anerkennung sprechen freilich nur legislatorische Gründe. Nach dem Grundsatze, daß der allzu straff gespannte Bogen springt, verfehlt die in ihrer Tendenz löbliche Theorie Gratian's das richtige Maß, da sie der Anfechtbarkeit von Ehen Schranken setzt, welche unter Umständen „unerhörte Menschenopfer" darzubringen zwingen. Man denke an die Zumuthung, eine von einem anderen geschwängerte Gattin zu behalten u. dergl. Das Mittelalter ist hier, wie vielfach sonst, gegen den Grundsatz der heidnischen Ungebundenheit in eine zu scharfe Gegenwirkung verfallen, der gegenüber das neuere Recht eine verständige Mittelstraße einzuhalten sucht.

während sie noch Hausſohn war.[1]) Wußte der Empfänger des Geldes seine Hausſohnsqualität, so war er in dolo oder in einem Versehen, welches einen dissensus in einem wesentlichen Punkte nach sich zog; denn er acceptirte dasjenige unbedingt, was ihm bedingt offerirt war. Das Gleiche gilt z. B. dann, wenn jemand eine Amme annimmt, welche, ohne daß er es weiß, an einer ansteckenden Krankheit leidet. Nichtig ist der Vertrag, in welchem ich einen Studenten als Hauslehrer annehmen zu wollen erkläre, sobald ein Gymnasiast, welchen ich für einen Studenten halte, diese Offerte annimmt u. s. w. Es ist daher nach römischem Rechte ganz gleichgültig, ob ich mit jemandem nur deshalb contrahire, weil ich ihn mit einem anderen fälschlich identificire, oder deshalb, weil ich eine für mich wesentliche Eigenschaft in ihm voraussetze. Die sehr schwierige Unterscheidung zwischen Identität und Eigenschaft ist also für die römische Irrthumslehre unwesentlich.[2])

Es ist zweifellos ein unberechtigter Rückschlag canonistischer

---

[1]) Vgl. Bekker, Kritische Vierteljahrsschrift, Band III, S. 196.

[2]) Bei dieser nach canonischem Rechte nicht ganz vermeidlichen Frage spielt die nominalistische Lehre (Duns Scotus, grammatica speculativa cap. II, 9. quia substantias separatas non intelligimus, nisi ex istis sensibilibus (d. i. den Eigenschaften) ideo ab proprietatibus sensibilium eis nomina imponimus), daß jede Sache nur eine Summe ihrer Eigenschaften sei, eine Rolle; vgl. z. B. Halfes a. a. O., S. 19: „quum persona nihil aliud sit nisi singularium ejus qualitatum comprehensio.“ Dagegen z. B. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867, S. 279, Anm. 88. Allein selbst vom principiell nominalistischen Standpunkte aus wird man zugeben müssen, daß der Gesammteindruck der zusammentreffenden Eigenschaften einer Person durch innere Eigenschaften mitbestimmt wird, welche zum Theile schlechterdings nicht als einzelne Qualitäten wahrgenommen werden können. Uebrigens verlangt auch das canonische Recht nicht, daß man die erwünschte Person, welche man mit der unerwünschten verwechselt, so genau kenne, daß man ihre Eigenart völlig verstanden hat.

Ansichten[1]) auf das Civilrechtsgebiet, wenn vielfach[2]) behauptet wird, der error qualitatis personae sei ohne weiteres nach römischem Rechte unwesentlich.[3]) Es soll dieses hervorgehen aus der lex 14, §. 3. dig. de in diem addictione 18, 2. (Paulus):

> Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore abibitur a priore emptione. idem et de servo alieno. aliter atque si servo suo vel filio quem in potestate habet, vel domino

---

[1]) Den Einfluß der canonistischen Doctrin vom error qualitatis auf die civilistische bezeugt z. B. Rävius, systema selectorum, Francof., ad M. 1608, ad l. 11, §. 1. dig. de contrah. empt. 18, 1.

[2]) Windscheid, Pandekten, §. 76, Anm. 6 (vgl. auch Zitelmann, a. a. O., S. 560; Bruns, Pandektenfragmente, S. 456).

[3]) Zitelmann, S. 452 ff., operirt hier durchweg mit der Analogie des Strafrechtes. Diese beweist freilich zunächst nur etwas für die Frage, ob die Erklärungshandlung an die richtige Adresse gelangt ist. Und dabei ist es in der That ganz gleichgültig, ob ich über die Eigenschaften eines Menschen, auf welchen ich schieße, oder den ich mit einer Vertragsofferte anrede, im Irrthum bin. Beide Male kann ich nur den in's Auge Gefaßten treffen wollen. Bei der weiteren Frage aber, welche Rechtswirkungen dieser „Naturerfolg" (vergl. Zitelmann, S. 461) haben soll, trennen sich die Wege des Civil- und des Strafrechtes. Dieses entnimmt die Strafwirkung dem Inhalte des objectiven Rechtes, jenes nach Anweisung des objectiven Rechtes dem Inhalte der gepflogenen Abrede. Nach beiden Rechten kommt es aber darauf an, ob dort, wo die Rechtsfolgen aufzufinden sind, auf die Eigenschaft, hinsichtlich deren ein bestimmender Irrthum vorliegt, Gewicht gelegt ist oder nicht. So kommt es also z. B. im Strafrechte darauf an, ob ein widerrechtlich Geschlagener ein Ascendent des Schlagenden ist, weil daran im Rechte die Consequenz einer Strafverschärfung geknüpft ist. Hier hebt der Irrthum in jener Eigenschaft diese Consequenz auf. Ebenso wenn nach dem Sinne der gepflogenen Abrede an die Existenz einer Eigenschaft eine Rechtsfolge geknüpft sein soll. Auch hier schließt der Irrthum über diese Eigenschaft die Rechtsfolge aus. Die Analogie des Strafrechtes beweist also für die hier vertretene Ansicht. Vgl. auch Thomsen a. a. O., S. 23—29. Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 573. Vgl. auch die treffenden Bemerkungen Zitelmanns, S. 520.

rei per errorem id addixerit, quia non est emptio his casibus. quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se habebit et erit hic similis egenti.

Die Contrahenten haben hier vermöge der addictio in diem ein Rücktrittsrecht, falls es dem Verkäufer gelingt, binnen der gesetzten Frist einen zweiten Kauf zu einem höheren Preise abzuschließen. Der Verkäufer schließt einen solchen ab, jedoch einen undurchführbaren, z. B. mit seinem Hauskinde, welches doch nur für ihn selbst erwerben kann, oder mit dem Eigenthümer der Sache, welchem er sie umsonst herausgeben muß. Hier wird den auf einen unmöglichen Erfolg gerichteten Verhandlungen der Name des Kaufes ganz abgesprochen; man kann also auch nicht behaupten, daß ein zweiter Kauf wirklich abgeschlossen ist.

Anders, wenn der zweite Kauf zwar seinem Inhalte nach bessere Bedingungen enthielt, thatsächlich aber die Lage des Verkäufers verschlechterte, z. B. wenn der zweite Käufer insolvent war, worauf die Schlußworte der Stelle hindeuten. Dann soll dennoch der erste Kauf aufgehoben sein, weil es Sache des Verkäufers ist, sich bei dem zweiten Verkaufe gehörig vorzusehen und dann eine bestimmte Entscheidung zu treffen, damit der erste Käufer wisse, woran er ist.[1]) Auch wenn das zweite Geschäft ein negotium claudicans ist (darauf bezieht sich der Anfang der Stelle), so ist es doch ein Kauf, also ein Rücktrittsgrund. Ja sogar, wenn der zweite Käufer nur ein Sklave ist, also nur naturaliter haftet, so kann doch der erste zurücktreten. Dies soll selbst dann der Fall sein, wenn mit diesem Sklaven vom Verkäufer nur contrahirt ist, weil er irrthümlicher Weise für frei gehalten wurde.

---

[1]) Vgl. l. 19. pr. dig. de reg. juris 50, 17.

Die herrschende Meinung nimmt hiernach an, daß der letzterwähnte mit dem Sklaven geschlossene Kauf kein nichtiger ist,[1] ebensowenig, als wenn der Verkäufer irriger Weise Solvenz des zweiten Käufers vorausgesetzt hätte.

Aus der Stelle geht freilich das Eine mit Sicherheit hervor, daß die nicht als Vorbedingung des Geschäftsabschlusses erkennbar gemachte Voraussetzung von Eigenschaften des Mitcontrahenten das Geschäft nicht entkräftet, was mit der oben ausgeführten Theorie durchaus übereinstimmt. Wir können hier nicht präsumiren, daß eine solche Erkennbarmachung vorausgesetzt wird. Wir wissen, daß im römischen Verkehre mit Sklaven und insolventen Personen mindestens so oft contrahirt worden ist, wie heutzutage mit den letzteren, und daß dabei wahrscheinlich in jedem Falle vorausgesetzt wurde, der Verkäufer habe sich, ehe er den Verkauf abschloß, über Solvenz oder Freiheit genügend erkundigt,[2] oder er wolle die Möglichkeit der Insolvenz oder Unfreiheit riskiren und habe sich in der Bemessung des Kaufpreises eine genügende Risikoprämie ausbedungen.

Betrachten wir aber die Stelle noch genauer: Es ist daselbst die Rede von dem Verkaufe an einen servus, quem putaverit liberum esse. Dieser Fall enthält, sobald man ihn nicht in willkürlicher Weise einschränkt, zwei verschiedene Möglichkeiten in sich:

1) Der Verkäufer glaubt irrthümlicher Weise, der ihm bekannte Käufer Stichus sei freigeboren oder neuerdings freigelassen worden und stehe jetzt als Freier vor ihm. (Irrthum über die Eigenschaften der Person.)
2) Er nimmt irriger Weise an, der vor ihm stehende Sklave

---

[1] Nach dem oben (§. 23) über den Unterschied von emtio non est und emtio nulla est Gesagten könnte man hieran zweifeln.

[2] Vgl. l. 19. cit. dig. 50, 17.

Stichus sei der ihm bekannte freie Sklavenhändler Sejus, (Irrthum aus Personenverwechslung.)

Nun erkennt die Stelle unterschiedslos für beide Fälle, also auch für den zweiten des error in persona, die Gültigkeit des Geschäftes an. Offenbar, weil die vorausgesetzte Identität des Käufers mit einem Freien ebensowenig als Geschäftsbedingung an den Tag gelegt war, wie die Annahme, daß er freigeboren oder freigelassen sei.

Die Stelle ist also ein directes Gegenbeweismittel wider die herrschende Lehre.[1]) Inconsequent ist es jedenfalls, daß die herrschende Meinung bei dem Irrthume in der Identität der Personen die Analogie der Testamente und der Verträge für maßgebend hält, während sie bei dem Irrthume über die Eigenschaften der Person dieselbe ablehnt. Denn daß bei den Testamenten auch durch den bloßen Irrthum über Eigenschaften das Testament entkräftet wird, folgt aus c. 7. Cod. de her. inst. VI, 24.[2]) (Dioclet. et Maximianus):

> Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Quum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praeses curae habebit praeses provinciae.

Der Irrthum, aus welchem hier die Nichtigkeit des Testamentes hergeleitet wird, ist ein noch dazu unentschuldbarer Rechts-

---

[1]) Die lex 3, §. 8. dig. de condictione causa data causa non secuta 12, 4 (Zitelmann, S. 560) soll im §. 28. besprochen werden.

[2]) Vgl. auch noch aus dem formellen Notherbenrechte die l. 14, §. 2, l. 25. pr. dig. de lib. et posth. 28, 2.

irrthum über die Eigenſchaft des Eingeſetzten, der Bruder des Teſtators zu ſein.[1])

Das Ergebniß des bisher Ausgeführten iſt:

Das römiſche Recht kennt keine beſonderen Vorſchriften über den error personae oder den error qualitatis personae.

Was es uns über dieſe Irrthumsfälle an Entſcheidungen mittheilt, das ſtellt ſich nur als Anwendung der oben entwickelten allgemeinen Rechtsgrundſätze dar.

---

§. 25.

Der error in re und in genere.[2])

Wir ſahen oben (§. 12), daß zu dem Inhalte jedes Vertrages zwei Perſonen gehören, welche von der Vertragswirkung betroffen werden, ferner die Feſtſetzung einer Rechtswirkung, d. i. einer Entſtehung, Aenderung, Uebertragung, oder Aufhebung von Rechten oder, um in der Sprache des Laien zu reden, ein Zuſtand oder ein Ereigniß, welche unter den Schutz des Rechtszwanges geſtellt oder dieſes Schutzes entkleidet werden ſollen. Dieſe Wirkung muß ſoweit in der Abrede beſtimmt ſein, daß ſie nach Inhalt der Vertragsnorm thatſächlich ausgeführt werden kann, und ſobald in dieſer Hinſicht die beiden Erklärungen eine Lücke haben,[3]) oder ſobald hier von beiden Seiten Verſchiedenes

---

[1]) In der cst. 5. Cod. de testam. 6, 23. (Valerianus et Gallienus): Neque professio, neque asseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praejudicant, et quae ut filiis testamento relinquuntur, juxta ea, quae a principibus statuta sunt, non deberi certi juris est. wird man dagegen wohl einen error personae ſehen müſſen.

[2]) Vgl. Savigny, Syſtem, Bd. III, S. 272 ff.

[3]) So wenn in einem Kaufformulare die Bezeichnung des Objectes,

erklärt ist (dissensus) oder das Erklärte unter einer nicht existenten Bedingung verabredet ist, so fehlt es an zwei ihrem Sinne nach übereinstimmenden Erklärungen, daß der Vertragsinhalt gelten soll. Im ersten Falle decken sich die Erklärungen nicht, im zweiten soll der Inhalt nicht gelten. Dabei ist es möglich, daß jede der beiden Erklärungen sich auf eine verschiedene Art der Rechtswirkung bezieht (der eine will eine dingliche Wirkung, der andere eine obligatorische, der eine will eine den Gesammtzustand der Sache beeinflussende Eigenthumsübertragung, der andere eine die Sache nur in gewissen Hinsichten berührende Bestellung eines dinglichen Rechtes). Es können aber die Parteien über die Art der Rechtswirkung einig sein, jedoch von zwei räumlich verschiedenen Objecten, an denen sich die geplante dingliche oder obligatorische Wirkung vollziehen soll, reden oder bei zweideutiger Abrede an solche denken — dies ist der dissensus in re. Sie können ferner aber auch zwei verschiedene Handlungen im Auge haben, deren gleichzeitige Vornahme an derselben Stelle des Raumes unausführbar ist, so z. B. wenn jemand als Stiefelputzer engagirt werden soll, während er sich als Laufbursche angeboten hat.

Der Vertragsinhalt kann jedoch denjenigen Bestimmungen, welche zu seiner thatsächen Ausführung unerläßlich sind, und zu denen auch unter Umständen Art und Zeit der Vertragsausführung gehören können,[1]) noch besondere Modalitäten hinzufügen,

---

in einem Dienstcontracte die Angabe der Zeit und Art der Dienste fehlt u. s. w.

[1]) So bei Annahme einer Droschke zu einer einzelnen Fahrt, bei der Verpflichtung eines Musikcorps zur Ausführung eines Ständchens u. s. f. Diesen Punkt klargestellt zu haben ist Zitelmanns Verdienst (Irrtum u. Rechtsgeschäft, S. 463, 492). Ueberhaupt erkennt der Verfasser dankbar an, daß er zu einer vollständigeren Anschauung des Umfanges der Fälle

bei deren Weglassung das Geschäft noch immer ausführbar bleibt, ohne welche es jedoch schlechterdings nicht ausgeführt werden soll. So z. B. wenn Silberzeug oder Maschinentheile von einer dazu gedungenen Person schlechterdings mit diesem Reinigungsmittel, welches vielleicht nicht jeder zu handhaben versteht, und mit keinem anderen geputzt werden sollen, wenn ein durch einen Chirurg anzulegender Verband schlechterdings nach dieser und nach keiner anderen Methode geschehen soll und so fort. Auch hier liegt ein Dissens vor, sobald in diesem Punkte die beiden Erklärungen sich nicht decken (§. 8).

Neben dem Dissense über die vom Vertrage betroffenen Personen und über den zur Vertragsausführung unerläßlichen oder als unerläßlich verabredeten Vertragsinhalt kommt noch der Dissens über Vertragsbedingungen in Betracht, so wenn ich etwas ausdrücklich nur unter der Bedingung kaufen will, daß es von Wolle ist, und der andere aus Mißverständniß es nur ohne Setzung dieser Bedingung verkaufen zu wollen erklärt.[1])

---

des erheblichen Irrthums namentlich durch die scharfsinnige, durchaus eigenartige Casuistik Zitelmanns gelangte, indem er das dort über die Individualisirung der Absicht Gesagte von der inneren Absicht, welche als solche rechtlich unerheblich ist, auf die Abrede übertrug. Hierdurch schränkt sich die Zahl der nach Zitelmann erheblichen Irrthumsfälle sehr ein; sie ist aber immer noch viel reichhaltiger, als die übliche Casuistik, welche über die Quellenstellen kaum hinauskommt. Die Ausdehnung des error in re auf nichtkörperliche Objecte findet sich übrigens schon bei Kern, de errore contrahentium, 1806, Gottingae, S. 48, 54, eine Berücksichtigung des Dissenses über Zahlungsmodalitäten bei Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilonii 1749, S. 27.

[1]) Ein blos „innerlicher Dissens", der wegen Ambiguität erheblich wird (Bd. I, S. 184 ff.), kommt nur bei dem Dissense über den zur Vertragsausführung unerläßlichen Inhalt der Abrede, nicht aber hinsichtlich der sonstigen Modalitäten, sofern sie nicht als wesentliche erkennbar sind, in

In dieſer Scala der Diſſenſe erſcheint alſo der dissensus in re als eine Unterart des Diſſenſes über den Vertragsinhalt.

Außerdem iſt aber noch ein error in re, d. h. eine Verwechslung zweier Sachen als Urſache eines Diſſenſes über eine Vertragsbedingung denkbar. So z. B. wenn jemand ein Bild nur unter der Bedingung kaufen will, daß es mit einem beſtimmten auf der Ausſtellung preisgekrönten Gemälde identiſch iſt, und der andere aus Mißverſtändniß dieſe Bedingung überſehend acceptirt, dabei aber zu erkennen giebt, daß er eine ſolche Bedingung nicht gelten laſſen wolle.

Endlich kann der error in re noch in einer dritten Hinſicht erheblich ſein, nämlich zum Beweiſe der Einfügung einer ſtillſchweigenden Bedingung in eine Abrede, welche ſich beiderſeits auf dieſelbe Sache bezieht. So wenn im Dunkeln ein beiderſeits nicht gewünſchtes Buch ſtatt eines anderen tradirt wird. Beide richten die Erklärung auf das wirklich Tradirte; denn abweſende Dinge kann man nicht körperlich tradiren wollen;[1]) beide ſind aber auch

---

Betracht; bei einem innerlichen Diſſenſe über einen ambigue beſtimmten Nebenpunkt gelten die naturalia negotii.

[1]) Dieſer Satz iſt von der neueren Wiſſenſchaft wiederholt anerkannt worden, vgl. Brinz, Pand., S. 1568, der hier jedoch einen Irrthum in der Subſtanz annimmt; Hölder, Krit. Vierteljahrsſchrift, Bd. 14, S. 571; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 590. Man geht jedoch zu weit, wenn man (z. B. Hölder a. a. O.) meint, daß bei körperlichen Traditionen der error in re nicht möglich ſei. Er iſt in der That möglich und ſein Vorhandenſein dient zum Nachweiſe einer deficienten conditio tacita in praesens relata. Richtig Heſſe, Dogm. Jahrb., Bd. 15, S. 70. Andererſeits darf man das hier von der tradirten Sache Geſagte durchaus nicht auf die blos durch Zeigen (z. B. bei einem Verkaufe ohne Tradition) individualiſirte beziehen; denn das Zeigen iſt ſchlechterdings nichts anderes, als das Benennen. arg. l. 34. dig. de cond. 35, 1. Vergl. auch noch Zitelmann a. a. O., S. 446, und dagegen Thomſen, Die rechtliche Willensbeſtimmung, S. 35 ff. Vgl. oben Bd. I, S. 150.

darüber einig, daß das Geschäft in dem Falle eines Identitätsirrthumes nicht gelten soll.

Unerheblich ist dagegen, auch bei letztwilligen Verfügungen, der bloße error circa rem, welcher nicht zugleich ein error in re ist, d. h. ein Identitätsirrthum, bei welchem dem Irrenden die Identität völlig gleichgültig ist. So z. B. wenn jemand seinen alten Hochzeitsfrack verschenken will und statt dessen ein anderes Kleidungsstück derselben Art und desselben Alters fortgiebt. Allein auch der zu dem Vertrage bestimmende Identitätsirrthum kann selbst letztwillige Verfügungen nur dann entkräften, wenn er das Ergebniß der Verfügung als unerwünscht erscheinen läßt,[1]) also nicht in dem Bd. I, S. 260, Anm. 1, angeführten Beispiele. Endlich kann selbst der bestimmende Irrthum hier, wie überall, Vertragserklärungen nicht schon dann entkräften, wenn seine bestimmende Kraft erkennbar wurde, sondern nur, wenn der dadurch Bestimmte dem Mitcontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend zumuthete, die Identität der in der Erklärung bezeichneten Sache mit einer von ihm vorgestellten zur Geschäftsbedingung zu machen (Bd. I, S. 260 ff.),[2]) was bei individuell bezeichneten Sachen als selbstverständlicher Weise geschehen gilt, sofern es sich nicht um Objecte handelt, welche nur nach generischer Bestimmung im Verkehre in Betracht gezogen werden.

So nach des Verfassers oben entwickelter Ansicht. Hören wir jetzt die Quellen.[3])

---

[1]) l. 9. dig. de hered. inst. 28, 5.

[2]) Die Unerheblichkeit der gleichgültigen Verwechslung zweier Objecte bei Personen hervorzuheben, bei Sachen aber nicht, ist inconsequent. Richtig Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes, §. 109, Anm. 11. Also selbst bei individuell bestimmten Fungibilien ist der Vertrag trotz eines Identitätsirrthumes gültig, sofern es sich nicht um ein Stück handelt, das vom Erwerber unter mehreren ausgesucht worden ist.

[3]) Die auf den Identitätsirrthum bei Stipulationen bezüglichen Quellenstellen sind schon in §. 21 besprochen worden.

Auf den dissensus in re beziehen sich zwei sehr bekannte Stellen:

Zunächst die lex 9 pr. dig. de contrah. empt. 18, 1. (Ulpianus):

> In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. ceterum, sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio (d. h. in einem anderen Punkte des als unerläßlich bezeichneten Vertragsinhaltes) emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.[1])

Die Stelle ist leicht mißzuverstehen. Zuerst erklärt sie, daß beim Dissense der Kaufvertrag nichtig sei und setzt dabei den Begriff des Dissenses voraus (vergl. über denselben §. 19). Dann fährt sie fort, daß diese Wirkungslosigkeit des Vertrages (quia in corpore dissensimus) beispielsweise dann vorliege, wenn der Dissens aus einer Meinungsverschiedenheit über das gekaufte Geschäftsobject hervorgegangen ist. Sie sagt durchaus nicht, daß eine solche innere Meinungsverschiedenheit mit dem Dissense identisch sei und auch wenn sie dem Mitcontrahenten unerkennbar bleibe, berücksichtigt werden müsse.[2]) Wie es sich mit den Er-

---

[1]) Vgl. Bruns, Pandektenfragmente, S. 483. Zitelmann, S. 528.

[2]) Dies scheint namentlich Windscheid anzunehmen (Archiv f. civ. Praxis, Bd. 83, S. 85), welcher das dissentire der Stelle a. a. O. nicht weiter erwähnt. Es kommt eben alles darauf an, was dissentire nach dem Gesammtinhalte der Quellen bedeutet. Folgt aus diesen (§. 19), daß es die Nichtübereinstimmung zweier gegenseitigen Erklärungen bezeichnet,

klärungen im vorliegenden Falle verhalten hat, darüber giebt eben nur das Wort dissensus Auskunft. Auch heutzutage würde schwerlich ein Jurist, welchem man den einfachen Thatbestand: ego vendere Cornelianum putavi, tu emere Sempronianum putasti mittheilt, auf den Gedanken kommen, es solle hier von dem seltenen Falle die Rede sein, daß jemand das gerade Gegentheil von dem, was er meinte, erklärt hat.

Auf die Lehre vom dissensus in re bezieht sich noch die schon erwähnte, jetzt aber noch näher zu betrachtende lex 34. pr. dig. de acquir. vel amitt. possess. 41, 2. (Ulpianus):[1])

> Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus.

Zu jeder Tradition gehört vornehmlich zweierlei. Zunächst muß eine bestimmte Sache mit der Erlaubniß des Veräußerers von dem Erwerber in Besitz genommen werden, sodann müssen beide sich gegenseitig dahin äußern, daß zugleich mit dem Besitz-

---

so brauchte Ulpianus, nachdem er in der lex 9 cit. anfangs hervorgehoben hatte, er rede von dem Falle eines dissensus, weiterhin nicht mehr zu befürchten, wenn er mit dem Beispiele einer Meinungsverschiedenheit operirt, daß man darunter eine nicht erkennbare innere Differenz der Wünsche bei gleichzeitiger Harmonie der Erklärungen verstehen werde, zumal es überhaupt strenge genommen in einem Falle, in welchem ich aus Versehen meine Erklärung auf ein falsches Object richte, unlogisch ist, zu sagen: me illud emere puto, denn ich kann nur dasjenige zu kaufen meinen, was ich in der Erklärung als gekauft bezeichne, von dem anderen erwünschten kann ich höchstens glauben, daß es mit dem in der Erklärung gekauften identisch ist. Vgl. oben §. 17.

[1]) Vgl. Bruns, Pandektenfragmente, S. 483. Brinz, Jahrbücher des gem. Rechtes, Bd. III, S. 21—28, auch oben §. 24. S. 400, 401.

übergange das Eigenthum von dem ersteren auf den letzteren übergehen solle.

In dem vorliegenden Falle sind nun zwei Möglichkeiten vorhanden. Die Besitzergreifung des fundus Cornelianus ist, da der Erwerber sich verlaufen hat (vgl. oben S. 401) und auf ein anderes Grundstück gegangen ist, als er wollte, wegen mangelnden animus possidendi unbedingt nichtig, es müßten denn die beiden Contrahenten sich vorher nach dem übereinstimmenden Sinne der Abrede dahin geeinigt haben, daß der Veräußerer den Cornelianus weggeben, der Erwerber denselben fundus erlangen wollte und sie sich nun insofern in einem Versehen (oder, wenn man will, einem Irrthume) befunden haben, als der Erwerber den Cornelianus fälschlich bei der Abrede Sempronianus nannte, demnächst aber auf das richtige Grundstück ging, in welches er eingewiesen war, oder auch insofern, als er, ohne auf die Einweisung eine Antwort zu ertheilen, sogleich auf das richtige Grundstück (Cornelianus) ging, dabei glaubend, es heiße Sempronianus, einem Versehen das natürlich gleichgültig ist.[1]) Da die Stelle von einer Gegenerklärung des Eingewiesenen, die er vor dem Betreten des Grundstückes abgegeben habe, nicht redet, so müssen wir diese letztere Annahme für die richtigere halten. Liegt aber kein bloßer error in nomine vor, so fehlt es an dem bloßen animus acquirendae, possessionis, nicht aber an dem Consense; denn die Stelle fährt fort:

---

[1]) Den Plural erraverimus erklärt man am besten dahin, daß in dem Falle si in nomine tantum erraverimus sich schon der Einweisende im Namen vergreift. Er zeigt von ferne auf den Cornelianus und nennt ihn Sempronianus, der Eingewiesene glaubt gleichfalls, das Grundstück hieße Sempronianus und geht in dieser Voraussetzung hinein. Hier kann man sagen in nomine errarunt, in corpore consenserunt.

quoniam autem in corpore consenserimus,[1]) an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest.

In der That liegen gegenseitige übereinstimmende Erklärungen vor. Der Einweisende erklärt: „Gehe in den Cornelianus.“ Der Eingewiesene geht ebendahin, giebt also die gar nicht mißzuverstehende stillschweigende Erklärung ab: „Ich gehe in den Cornelianus.“ Er will freilich in den Sempronianus gehen, befindet sich also in einem error in re. Aber der error ist nicht erkennbar und berührt somit nicht den Sinn der Erklärungen, stört also den Consens nicht.

Diese Stelle ist das gewichtigste Gegenargument gegen die hier angefochtene übliche Lehre.[2])

Wenn die Tradition hier trotzdem nichtig ist, so kommt es nicht daher, weil der Consens fehlt; denn er ist da, sondern weil es trotz des Consenses an dem Besitzübergange fehlt, da der errans, der sich verlaufen hat, nicht den animus possidendi hatte. Er ist also aus dem abgeschlossenen Vertrage verpflichtet,

---

[1]) Mommsen ist in Anlehnung an die herrschende Meinung zu einer Textesänderung geneigt.

[2]) Man wird hiergegen und zu Gunsten der Textesänderung Folgendes anführen: Es heiße im Anfange der Stelle, daß das Eigenthum nicht übergehe nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus, also sei für den Fall, daß wir non tantum in nomine erravimus, das consentire in corpore negirt. Allein diese Annahme ist nicht nöthig, sobald man die unterstrichenen Worte etwa folgendermaßen übersetzt: „sofern wir uns nicht blos in dem Namen vergriffen haben und sich auch nicht unter dieser Namensverwechslung ein Dissens verbirgt, ein Fall, in welchem der Nichtübergang des Eigenthums zweifellos ist, welcher aber hier überhaupt nicht vorliegt“ oder „sofern wir uns nicht blos im Namen vergriffen haben und dabei doch hinsichtlich der Sache einig geworden sind.“

ſich, ſobald er den Irrthum entdeckt und er dadurch ſeinen von vornherein bedingten animus possidendi (si hic fundus Sempronianus est, eum possidere volo) zu einem animus rem alieno habendi hinabzudrücken, weil der andere ſich für den Fall, daß der Beſitzerwerb nicht zu Stande kommen ſollte, den Beſitz vorbehalten hat.[1])

Neben dem dissensus in re iſt, wie wir ſahen, der error in re als Identitätsirrthum auch dann erheblich, wenn die Abweſenheit einer Sachverwechslung eine beiderſeits anerkannte Vorbedingung der Vertragsgültigkeit iſt. Man iſt darüber einig, daß dieſer Fall von dem Falle einer bloßen beiderſeitigen falſchen Bezeichnung der Sache, welche zweifellos unſchädlich iſt, zu unterſcheiden iſt.[2]) Wichtig iſt alſo die Frage, woran man zu erkennen habe, ob bei einem Vertragsſchluſſe, in welchem das genannte Object nicht gemeint iſt, eine bloße falsa demonstratio, d. i. ein error nominis, vorliegt oder ob wir einen error in corpore anzunehmen haben. Darüber entſcheidet lediglich der Parteiwille, und da „der Zweck den Willen beſtimmt,“[3]) ſo werden wir auch hier aus den Intereſſen der Parteien auf ihren Willen zurückſchließen müſſen. So z. B. wenn im Vertrage des Grundſtückes Nr. 621 des Grundbuches gedacht iſt und es feſtſteht, daß dieſes Grundſtück nicht zuvor von dem Käufer beſichtigt war und demnach nicht das von ihm begehrte ſein konnte, daß im übrigen auch der

[1]) Vgl. Bd. 1, S. 267, Anm. 3 (S. 268). Man könnte wohl darüber ſtreiten, ob hier der Eingewieſene wenigſtens in der Zwiſchenzeit bis zu der Entdeckung des Irrthums proviſoriſch den Beſitz erwirbt und daher ein constitutum possessorium für den Entdeckungsfall anzunehmen iſt. (So der Verf., Bd. I, a. a. O.) Andernfalls müßte man ſeine Detentionspflicht als Wirkung eines bedingten mandatum custodiae auffaſſen.

[2]) Zitelmann a. a. O., S. 587, l. 9, §. 1. dig. de contr. empt. 18, 1. l. 34. pr. dig. de poss. 41, 2.

[3]) Ihering, Zweck im Recht, S. 77.

Kaufpreis für dieſes Grundſtück ein zu geringer iſt, während das Grundſtück Nr. 622 beſichtigt und etwa dem Preiſe gleichwerthig iſt, ſo werden wir daraus im Zweifel nicht blos entnehmen, daß das genannte Grundſtück nicht gemeint war, ſondern auch daß das andere (622) beiderſeits bezeichnet werden ſollte. Ueberall nun, wo nur das erſtere feſtſteht, nicht das letztere, ſo wenn beide von Nr. 621 reden und der eine Nr. 622, der andere aber Nr. 623 meint, liegt mehr als ein bloßer error in nomine vor. Bei denjenigen Traditionen namentlich, welche ſich in Gegenwart des Objectes vollziehen, wird die den Traditionsact begleitende Benennung zur Bezeichnung des Objectes überflüſſig, aber zur Feſtſtellung der Bedingung ſeiner Identität mit einer beiderſeits erwünſchten Sache wichtig ſein.

Von dieſem Falle ſpricht die lex 2, §. 6. dig. pro emptore 41, 4 (Paulus):

> Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest.[1])

Durch eine Sachverwechslung iſt ein falſcher Sklave tradirt. Es fragt ſich, ob er erſeſſen werden kann. War der Veräußerer

---

[1]) Die Stelle fährt fort: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes. Darüber, daß wir nicht genöthigt ſind, aus dieſem zweiten Theile, der hinſichtlich des tradirten Grundſtückes Nichteigenthum des Trabenten vorausſetzt, mit der Gloſſe zu ſchließen, daß auch in dem erſten Theile der Stelle eine ähnliche Vorausſetzung vorliege; vgl. die ſehr ſcharfſinnigen Bemerkungen Zitelmanns, Irrtum u. Rechtsgeſchäft, S. 561, 562, Anm. 542; vgl. überhaupt über dieſe Stelle Richelmann, Einfluß des Irrthums, S. 48; Savigny, Syſtem, Band III, S. 273, nota p; Bruns, Pandektenfragmente, S. 483, Anm. 135; Exner, Tradition, S. 270; Zitelmann a. a. O., S. 542.

Nichteigenthümer des Sklaven, so erklärt sich diese Frage genugsam aus diesem Umstande. War er Eigenthümer, so ist die Frage überhaupt nur möglich, wenn vorausgesetzt wird, daß der Kauf wegen Verwechslung der Sklaven nichtig ist. Da nun die Stelle allgemein redet und beide Fälle nicht unterscheidet, so müssen wir annehmen, daß sie die letztere Voraussetzung macht.

Wir entnehmen hieraus die Regel, daß ein Traditionsact nichtig ist, wenn in Folge der Verwechselung zweier Sachen ein anderer Gegenstand tradirt wird, als der beiderseits ins Auge gefaßte; denn es ist anzunehmen, daß die Tradition in solchem Falle durch die Abwesenheit einer Sachverwechselung beiderseits bedingt ist. Was von Traditionen gilt, gilt um so mehr von bloßen Obligationen, auch von der Bestellung dinglicher Rechte, nicht aber ohne weiteres von allen anderen beiderseitigen Voraussetzungen als derjenigen der Abwesenheit einer Verwechselung, z. B. nicht von der Voraussetzung, daß eine als geschuldet tradirte Sache auch wirklich geschuldet ist.[1]) In solchem Falle wird, wie oben (Bd. I, S. 269, 270) ausgeführt wurde, dem Empfänger der Sache oder des dinglichen Rechtes nicht zugemuthet, die Wahrheit des vorausgesetzten Umstandes als dinglich wirkende Bedingung in den Vertrag einzuschieben, sondern der Veräußerer muß sich mit einem stillschweigenden obligatorischen Versprechen der Rückgabe des Erworbenen oder seines Werthes begnügen.[2])

Dem dissensus in re durchaus analog ist der von Savigny

---

[1]) Dahin gehören die von Zitelmann a. a. O., S. 562, citirten l. 19, §. 3. dig. de cond. indebiti 12, 6. l. 32, §. 3. dig. de cond. indeb. 12, 6. l. 10. pr. Cod. de cond. indeb. 4, 5.

[2]) Die Annahme stillschweigender Erstattungsverträge in solchen Fällen ist bereits von Donellus (comment. de jure civili lib. 14, cap. X, Francofurti a. M. apud heredes Andreae Wecheli, 1605, p. 249) hervorgehoben worden.

ſogenannte error in genere.[1]) Zunächſt kann ein dissensus in genere bei Obligationen mit generiſch beſtimmtem Gegenſtande vorkommen. Er beſteht darin, daß der eine Contrahent eine Offerte hinſichtlich des einen genus macht, z. B. hundert Fäſſer Oel zum Kaufe anbietet und der andere ſie aus Mißverſtändniß bezüglich eines anderen genus, z. B. als hundert Fäſſer Eſſig, entgegennimmt. Ein Gleiches gilt bei einer zweideutigen Abrede, die nicht durch innere Uebereinſtimmung geheilt wird.

Als beiderſeitig anerkannte ſtillſchweigende Bedingung der verabredeten Gattung mit der gewünſchten kann dieſer Irrthum dann nicht weiter in Betracht kommen, wenn beide dasſelbe wünſchen; denn dann gilt der Satz: falsa demonstratio non nocet. So wenn beide Eſſig ſagen und Oel meinen (ſ. §§. 18, 22), Sagen freilich beide aus Verſehen etwas beiden Unerwünſchtes und meinen jeder etwas anderes, ſo iſt die Abrede wegen Bedingungsmangels nichtig. So wenn beide Eſſig ſagen, der eine aber Oel und der andere Spiritus nachweislich meint.

Das Endergebniß beſteht alſo hinſichtlich des error in re und in genere darin, daß von dieſen Kategorieen genau dasſelbe gilt, was von dem error in corpore geſagt wurde, nämlich, daß ſie als ſolche überflüſſig ſind, weil das von dieſen Irrthumsfällen Geſagte nur eine Anwendung der oben entwickelten allgemeinen Regeln iſt.

§. 26.

Der error in qualitate.

Daß die Lehre vom error in qualitate zur Zeit eine ziemlich unklare[2]) iſt, wird wohl niemand zu bezweifeln wagen. Man

[1]) System, Bd. III, S. 274. Bruns, Pandektenfragmente, S. 485.

[2]) Auch das Endergebniß von Pferſche, Zur Lehre vom ſogenannten

neigt dazu, den Römern die Schuld hieran zuzuertheilen.[1]) Allein auch da, wo neuere Ideen von den Quellen abgewichen sind, ist die Klarheit um nichts gefördert worden. Die Ursache der Verwirrung liegt hier, wie bei dem error qualitate personae, darin, daß man den bloßen error circa qualitatem nicht genug vom error in qualitate, d. h. der Richtung der Erklärung auf eine mit einer unerwünschten Eigenschaft behaftete Sache, unterschied, daß man ferner übersah, daß Sachenverwechselung und error in qualitate nicht sich ausschließende Begriffe sind, drittens, daß man den error in genere nicht von dem error in qualitate abgrenzte, und endlich, daß man von der Ansicht ausging, es müsse die Erheblichkeit des Irrthumes über einen Umstand davon abhängen, ob dieser Umstand Identität oder Qualität sei. Wäre dies letztere wirklich der Fall, so würde alles von den dann unerläßlichen[2]) Vorfragen abhängen, woran man erkenne, ob eine Sache eine Qualität sei und was man sich unter dem Wesen einer

---

error in substantia, Graz 1880, S. 99, ist zu unbestimmt. Vergl. über diese Schrift Burkhard, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 23, S. 52.

[1]) Schon Grotius (de jure belli ac pacis lib. II, cap. 11, §. 6) klagte über die zwecklose Unterscheidung zwischen error circa substantiam und qui non sit circa substantiam. Vergl. auch Wesembeck (in Henr. Hanii Itti observata theoretico-practica ad M. Wesembecii in Libros L digestorum commentarios I. 1659, pag. 986) über diesen Punkt, „in quo distinxisse videntur admodum subtiliter consulti".

[2]) Savigny, System, III, S. 277, meint zwar, bei der Lehre über die Erheblichkeit des error in substantia „werden wir uns weniger an abstracte Begriffe halten dürfen, als an die im wirklichen Verkehre herrschenden Ansichten und Gewohnheiten". Das können wir aber nur, wenn wir uns von der üblichen Lehre, daß es darauf ankomme, ob der Umstand, über den wir irren, eine Qualität ist, trennen. Halten wir daran fest, so führt der Weg zur practischen Anwendung des Rechts gerade durch die düstersten Lehren der Erkenntnißlehre hindurch. Dies beachtet zu haben ist Zitelmanns Verdienst. Wer an der hier angefochtenen Lehre festhalten will, wird sich seiner Methode anschließen müssen.

Sache zu denken habe, die Summe ihrer Eigenschaften oder das Ding an sich, welches freilich keinen Tauschwerth hat.[1]) Namentlich die erstgenannte, gewiß höchst interessante Frage ist neuerdings durch Zitelmann in den eigentlichen Mittelpunkt der hier vorliegenden juristischen Erörterung gestellt worden.[2])

---

[1]) Vgl. über die Gleichgültigkeit der von den sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften abstrahirten Individualität Thomsen, Die rechtl. Willensbestimmung, S. 39 ff., gegen Zitelmann.

[2]) Zitelmann definirt (S. 442): „Eigenschaft ist alles, was von den Dingen ausgesagt werden kann." Er zählt also nicht blos dasjenige den Eigenschaften zu, was uns an der Sache selbst als sinnlich Wahrnehmbares oder als eine von ihr ausgehende in ihrer Wirkung sinnlich wahrnehmbare Kraft erscheint — dies nennt gewißlich jeder Eigenschaft —, sondern auch ihre räumlichen und zeitlichen Beziehungen zu anderen Dingen. z. B. die Vorgeschichte, also etwa, daß sie früher einem berühmten Manne gehört hat und dgl., ja sogar nicht blos dasjenige, was sich uns als Beziehung von Realitäten in unserer Vorstellung darbietet, sondern auch den Inhalt von Urtheilen, welche wir über die Sache oder den Eindruck den sie uns macht, fällen. Nach der Theorie des Verfassers ist freilich diese ganze Frage für die Irrthumslehre gleichgültig. In dieser dürften die Worte qualitas und materia in dem noch heute für die Worte Eigenschaft und Stoff gewöhnlichen Sinne von den Römern gebraucht worden sein, in dem das erstere sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften, das letztere den Gegensatz der Form bedeutet. Außerhalb der Irrthumslehre bedeutet freilich qualitas auch eine Prädialservitut, also die Situation einer Sache in einer blos räumlichen Beziehung zu einer anderen, in welcher zu Gunsten der Bewirthschaftung der ersteren eine dauernde Belastung der anderen gewährleistet ist (l. 86. dig. de verb. sign. 50, 16). Daraus dürfte hervorgehen, daß die römischen Juristen das Wort qualitas auch auf bloße in der Außenwelt bedeutsame Situationen bezogen, nicht blos auf sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften beschränkt haben. Daß sie dabei aber über die den Werth erhöhenden Eigenschaften hinausgegangen sind, läßt sich kaum behaupten. So war es sicherlich unrömisch, daß man die Obligationen im vorigen Jahrhunderte als qualitates morales bezeichnete (Bönigk, Gothofredi digesta in ordinem naturalem reducta, Lipsiae et Halae 1714, S. 120). Noch zweifelhafter ist die Bedeutung des Wortes substantia,

Wenn wir nun die soeben gerügten Fehler vermeiden wollen, so hofft der Verfasser zunächst darin keinem Widerspruche zu begegnen, daß der bloße error circa qualitatem, d. h. die Voraussetzung einer Eigenschaft, auf welche es dem Irrenden bei dem Vertragsschlusse gar nicht ankam, rechtlich völlig gleichgültig ist.[1]) So z. B. wenn ich glaube, daß eine von mir gekaufte ordinäre Holzkiste aus einer anderen gewöhnlichen Holzart besteht, als es thatsächlich der Fall ist, während es mir offenbar auf diesen Unterschied nicht ankommt. Allein selbst der error in qualitate muß unbedingt unberücksichtigt bleiben, wenn nicht in der Abrede ausdrücklich oder stillschweigend davon die Rede war, daß die

welches bekanntlich in der Nießbrauchslehre den bleibenden und sich nicht gleich den Früchten periodenweise erneuernden Theil bedeutet. Dieses Wort wird bald mit qualitas, bald mit οὐσία, bald mit materia bald auch mit „qualitas essentialis" identificirt, bald will man damit so viel wie „Individualität" sagen, also den error in substantia dem error in re gleichstellen, bald so viel, wie „Gattungsmerkmal", bald auch in der Art Savignys (System, III, S. 276) diejenigen Qualitäten damit kennzeichnen, welche nach der Ansicht des Verkehres wesentlich sind. Manche huldigen sogar der Anschauung, als ob sich bei einer Sache, wenn man sie an und für sich betrachtet, gewisse Eigenschaften als wesentliche wahrnehmen ließen, während Savigny genug philosophische Einsicht besaß, um hervorzuheben, daß man von Wesentlichkeit überhaupt nur reden kann, wenn man angiebt, von welchem Standpunkte aus die Wesentlichkeit festgestellt werden soll, da von verschiedenen Standpunkten aus verschiedene Eigenschaften derselben Sache wesentlich oder unwesentlich erscheinen (vergl. Savigny, System, III, S. 290, Anm. z.). Vgl. überhaupt über materia und substantia Richelmann, Einfluß des Irrthumes, S. 50 ff.; vgl. Zitelmann, S. 574 ff. Es würde in der That sehr unpraktisch gewesen sein, wenn die Römer einen juristisch-erheblichen Umstand mit einem so vieldeutigen philosophischen terminus technicus bezeichnet hätten. Vgl. überhaupt auch noch Windscheid, Pandekten, §. 70, Anm. 12, 13, 14. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes, §. 108, Anm. 13, 15. Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 22, S. 392.

[1]) So Savigny a. a. O., S. 293, und in seinen Beispielen S. 298 ff.

Qualität präſtirt werden ſoll. Wenn z. B. ein Leuchter als ein aus Meſſing gefertigter verkauft wird, ſo kann ſich der Käufer nicht darauf berufen, daß er, wie er erweiſen könne, lediglich durch die thörichte Hoffnung, ein goldenes Stück vor ſich zu haben, zu dem Kaufe bewogen worden ſei. Dabei kann es durchaus nicht darauf ankommen, ob es ſich um eine nach der Verkehrsanſicht weſentliche Eigenſchaft handelt, was in der That hier der Fall iſt. Anders bei letztwilligen Verfügungen, bei welchen auch nicht erkennbare den Ausſchlag gebende Beweggründe entſcheiden und der Irrthum z. B. ſtets nichtige Legate nach ſich zieht, si aliter legaturus non fuisset.[1])

Daß es ſich hiermit bei Verträgen anders verhält, wird die herrſchende Lehre bezweifeln müſſen; denn, wenn ich etwas nur unter der Bedingung will, daß es golden iſt, und es unbedingt zu wollen erkläre, ſo weicht der „Wille" von der Erklärung ab. Freilich werden wohl hier ſelbſt die Vertreter dieſer Anſicht wenig geneigt ſein, dieſe Folgerung aus ihrer Lehre zu ziehen. Vor allem darf man nicht etwa annehmen, daß Savigny hier ein Vertreter der jetzt herrſchenden Lehre, wie ſie z. B. Sintenis[2]) klar ausſpricht, war. Savigny hat zwar, was wohl nicht ganz zweckmäßig war, die Irrthumslehre auch hier für Verträge und Teſtamente zugleich behandelt und ſich daher S. 278 ſo ausgedrückt, als ob ein jeder Vertrag nichtig ſei, wenn die Abrede hinſichtlich einer nach der Verkehrsanſicht weſentlichen Eigenſchaft

---

[1]) Ueber Schenkungen und dgl. vgl. auch hier das im §. 21 Ausgeführte. Vgl. überhaupt Bd. I, S. 252 ff., S. 254, Anm. 2, S. 256, Anm 1.

[2]) Das praktiſche gemeine Civilrecht, §. 22 d., wonach ein Irrthum über Eigenſchaften dann ein nichtiges Geſchäft nach ſich ziehen ſoll, wenn der Irrthum die Subſtanz, d. i. den Stoff, und ſolche Eigenſchaften des Gegenſtandes betrifft, daß dieſer als ein ſolcher von anderer, d. i. verſchiedener von der gemeinten (alſo nicht der verabredeten) Art erſcheint.

der Wirklichkeit, d. h. der Beschaffenheit einer als Geschäftsobject beiderseits gekennzeichneten Sache, nicht entspricht. Nachdem Savigny jedoch S. 259 zur Genüge auseinandergesetzt hatte, daß die dem Mitcontrahenten nicht erkennbare Differenz zwischen Wille und Erklärung grundsätzlich gleichgültig sei, so durfte er erwarten, daß man das später allgemein Gesagte für Verträge in diesem Sinne einschränken werde. Thut man dies, so kommt man schon nach Savignys Auseinandersetzung zu dem Ergebnisse:

> Der error in qualitate kann überhaupt nur in Frage kommen, wenn er bei dem Vertragsabschlusse erkennbar war und „eine Differenz zwischen Wille und Erklärung" nach sich zog, d. h. also wenn seine Abwesenheit eine unerläßliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses sein sollte.

In diesem Rahmen aber sind nun wieder zwei Fälle möglich:

1. Der eine Contrahent verlangt die Eigenschaft als eine unerläßliche Bedingung, der andere erklärt aus Mißverständniß, daß er das Geschäft nur ohne die Setzung dieser Bedingung wolle. Dabei kann

a) das Geschäftsobject blos generisch bestimmt sein.

Hier liegt ein error in genere vor. So wenn ein Kaufmann zehn Dutzend schwarzer Handschuhe bestellt und von der anderen Seite die Bestellung von ebenso viel Handschuhen in einer beliebigen Farbe acceptirt wird. Dieser Fall ist schon oben erörtert (§. 25).

b) Das Geschäftsobject ist nicht blos generisch, sondern daneben auch noch individuell, d. h. durch die Bezeichnung eines ihm ausschließlich zukommenden Merkmales bestimmt.[1])

Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn bei einem Genus-

---

[1]) Vgl. Zitelmann S. 595 über die Eigenschaft als Individualisationsmoment und überhaupt oben Bd. I, S. 150.

vertrage auf gewisse Individuen zur besseren Veranschaulichung des Vertrages hingewiesen wird, ohne daß dabei die Verpflichtung übernommen wird, gerade diese Stücke zu liefern. So z. B. wenn jemand, der Kaffeesäcke verkauft, auf einige Säcke der gewünschten Art hinzeigt.[1]) Hier liegt höchstens eine falsa demonstratio vor. Beide sind darüber einig, daß sich die Erklärung nicht gerade nur auf das gezeigte Object beziehen soll. Eine individuelle Bestimmung liegt dann vor, wenn jemand sich ein bestimmtes Stück aussucht, z. B. ein Paar Handschuhe aus einer Anzahl von Paaren auswählt.

Dabei kann ein Dissens in der Art vorkommen, daß der Offerent z. B. andeutet, er nehme die Handschuhe nur unter der Bedingung, daß sie von Ziegenleder seien, der andere aber die Offerte acceptirend erkennbar macht, daß er die Setzung dieser Bedingung überhört habe, z. B. die Handschuhe als kalbslederne bezeichnet. Nimmt dann der Käufer die Handschuhe, so hat er stillschweigend auf jene Bedingung verzichtet.[2]) Liegen jedoch Umstände vor, welche eine solche Annahme ausschließen, so z. B. wenn ihm die Handschuhe vorher zur Ansicht zugeschickt waren, und er sie auch nachher nicht in Gebrauch nimmt,[3]) so dissentiren

---

[1]) Dieses Beispiel findet sich in Dernburgs Lehrbuch des preuß. Privatrechtes, §. 108, Anm. 11.

[2]) Das Gleiche gilt auch vom Identitätsirrthume. So bemerkte schon Gratianus, Causa 29. qu. 1, daß die Ehe zwischen Jacob und Lea in dieser Weise nachträglich gültig geworden sei.

[3]) Wer eine Waare anders als blos probeweise in Gebrauch nimmt, giebt eine stillschweigende Erklärung dem Verkäufer gegenüber sogleich ab; denn er nimmt etwas vor, von dem er weiß, daß es dem Verkäufer, wenn auch nur später, zur Kenntniß kommen muß; es fehlt also der Erklärung der erforderlichen Richtung an den Mitcontrahenten nicht (Bd. I, S. 129). Diese Erklärung ist sogar unwiderruflich; denn man kann den durch eine solche Handlung erzeugten sinnlichen Eindruck, daß man etwas wolle, hier

die Parteien hinsichtlich der Setzung einer Geschäftsbedingung. Ob die Eigenschaft, auf welche sich der Dissens bezieht, eine nach der Verkehrsansicht wesentliche ist, dürfte dabei zunächst gleichgültig sein, da es jedem überlassen bleibt, beliebige Bedingungen zu setzen.[1]) Die Verkehrsansicht kommt hier nur so weit in Betracht, als sie überhaupt bei der Interpretation von Willenserklärungen bedeutsam ist.[2]) Wie überhaupt dasjenige, was jemand mit gewissen Worten oder mit einem gewissen Verhalten sagen will, im Zweifel, also nur in zweiter Linie, nach dem Verkehrsüblichen bestimmt wird, so wird auch die Frage, ob jemand eine Eigenschaft zur Geschäftsbedingung mache oder nicht, in dieser Weise beantwortet werden. Eine besondere Berücksichtigung der Verkehrsanschauung für die Lehre vom Eigenschaftsirrthume giebt es also nicht.

Bei diesem Dissense in einer Geschäftsbedingung sind nunmehr noch zwei Fälle zu unterscheiden:

---

nicht, wie bei einem bloßen Briefe, durch Erzeugung des entgegengesetzten Eindruckes noch rechtzeitig ausgleichen, weil man den vorherigen Zustand des Adressaten und seiner Waare nicht mehr wiederherstellen kann. Dies könnte bei solchen Waaren zweifelhaft sein, an denen der Gebrauch keine Spuren hinterläßt. Hier folgt aber die Verbindlichkeit des Verhaltens daraus, daß man sich nicht auf seinen dolus berufen darf (Bd. I, S. 179) und nur die Wahl hat, sein Verhalten als Zustimmungserklärung oder als furtum usus zu charakterisiren. Das letztere darf man aber nicht zum eigenen Vortheile thun.

[1]) Dieses verkennt auch Savigny, System, III, S. 283, Anm. l. keineswegs. Vgl. auch Bekker, Kritische Vierteljahrsschrift, III, S. 188, Zitelmann, S. 552.

[2]) Schon Berger (oeconomia juris, Lipsiae 1734, §. 17, p. 669) bemerkt über das Erkennungsmerkmal des error substantialis: in dubio, quid actum sit, colligi ex intentione partium eaque declarata ex consuetudine personae, loci.

α. Diejenige Eigenschaft, hinsichtlich deren die Parteien dissentiren, kann zugleich diejenige sein, nach welcher das Geschäftsobject überhaupt als Individuum auffindbar gemacht worden ist, da man ein Individuum nicht nur nach seiner augenblicklichen räumlichen Lage oder seinem Namen, sondern auch nach einer ihm ausschließlich zukommenden Eigenschaft auffindbar machen kann. So z. B. wenn der A das Wagenpferd des B kaufen will, dieser aber aus Versehen hinsichtlich seines Reitpferdes acceptirt. Oder wenn die Abrede zweideutig ist, weil zwei Wagenpferde existiren und eine innere Uebereinstimmung nicht vorlag, weil der eine an das Reitpferd dachte, während der andere von dem Wagenpferde spricht.[1]) In solchem Falle zieht der error qualitatis nothwendiger Weise einen error in re nach sich.[2])

Dieser Fall ist also schon in der Lehre vom error in re mit erörtert. Der Dissens über die als Geschäftsbedingung vorausgesetzte Eigenschaft kommt daher nur in solchen Fällen neben dem error in re in Frage, in welchen

β. die individuell bestimmte Sache in der Abrede anders bezeichnet ist, als gerade nach der Eigenschaft.

2. Neben dem Dissense über eine unerläßliche Geschäftsbedingung kann auch hinsichtlich einer anderen Eigenschaft ein Widerspruch der Erklärungen Statt finden, welche in erkennbarer Weise nicht als Geschäftsbedingung gelten, aber doch nicht gleichgültig sein, vielmehr zu den sog. dicta promissa gehören sollen.

---

[1]) Vergl. Zitelmann, S. 595: Die Eigenschaftsbezeichnung kann Individualisationsmoment sein.

[2]) Westenberg spricht geradezu von einem error in qualitate der simul errorem in corpore involvit. (Joannis Ortwini Westenbergii, principia juris, tom. I, Lipsiae 1754, pag. 474).

Dies wird dann der Fall sein, wenn die Sache neben der erwähnten Eigenschaft noch andere hat und diese in erkennbarer Weise für den Erwerber so wichtig sind, daß er die Sache auch ohne jene Eigenschaft lieber wollte, als eine Ungültigkeit des Geschäftes. So wenn jemand ein Bild von Raphael in einem vergoldeten Rahmen kaufen zu wollen erklärt und der Verkäufer acceptirt, obwohl das Bild zwar echt, der Rahmen jedoch nicht vergoldet ist, oder wenn ein alter Codex im Schweinslederbande verkauft ist und der Einband sich nachträglich als ein Pappdeckel herausstellt. Hat hier der Verkäufer diese Eigenschaft nicht versprochen, vielmehr aus Mißverständniß erklärt, daß er glaube, sie sei nicht verlangt, so liegt ein Dissens über einen nach dem Sinne der Parteiabrede unwesentlichen Punkt vor, welcher nicht beachtet wird.[1]) Hat dagegen der Verkäufer die Eigenschaft versprochen und nicht prästirt, so gilt zwar die Tradition des mangelhaften Objectes, die Erfüllung des Kaufes erweist sich jedoch als eine mangelhafte und es muß insoweit, als der Käufer darunter leidet, das Erfüllungsinteresse prästirt werden.

Das römische Recht unterscheidet hier übrigens sehr fein zwischen denjenigen Eigenschaften, deren Vorhandensein der Käufer erwarten durfte, und denjenigen, deren Vorhandensein ihm noch besonders zugesagt worden ist. Im alten Rechte galt, wie überall auf einer niedrigen Culturstufe, der Grundsatz: „Augen für Geld". Die Verkehrsansicht ging dahin, daß der Veräußerer nur für das ganz besonders Versprochene hafte. Darin ist nun durch das Edict der Aedilen eine Aenderung geschehen. Es haftet der Verkäufer seitdem auch ohne jedes Versprechen für alle gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, jedoch nur in kurzen Fristen. Da

---

[1]) l. 34. dig. de contrah. empt. 18, 1. Bartolus ad hanc legem: dissensus circa accessoria pactum non vitiat.

hierdurch den Intereſſen der Käufer vollauf Genüge geſchah,[1]) ſo hat man bis heutzutage daran feſtgehalten, daß das Vorhandenſein einer Eigenſchaft nicht ohne weiteres als Bedingung oder auch nur als Gegenſtand eines dictum promissum gilt. Nur wo die Eigenſchaft mit Worten oder durch ſolche ſtillſchweigende Erklärungen, welche den Charakter des specialiter expressum haben,[2]) klargelegt worden iſt, z. B. durch Vorführung eines Sklaven in dem Gewande eines Mannes,[3]) durch Ausbietung eines Gegenſtandes, der äußerlich wie ein Pianino ausſieht, während er vielleicht in Wahrheit ein Bücherſchrank in abſonderlicher Form iſt u. ſ. w.; nur dort kann angenommen

---

[1]) In ſpäterer Zeit wird man wohl angenommen haben, daß die Parteien den Inhalt des ädiliciſchen Edictes ſtillſchweigend in die lex contractus aufnahmen, eine ſtrengere Haftung jedoch nicht. Das Verhältniß der ädiliciſchen Grundſätze zu dem error in substantia iſt alſo Folgendes: Iſt die Eigenſchaft auch nur von einer Seite als Geſchäftsbedingung aufrecht erhalten, oder iſt ſie von beiden Seiten als Geſchäftsbedingung geſetzt, ſo iſt die auf ein dieſer Eigenſchaft nicht theilhaftiges Object gerichtete Abrede nichtig. Iſt ſie als Nebenleiſtung beſonders verſprochen, ſo wird für dicta promissa gehaftet. Liegen dieſe Fälle nicht vor, durfte aber die Eigenſchaft dennoch als vorhanden vorausgeſetzt werden, ſo erſcheint eine Haftung in den ädiliciſchen Friſten und nach Maßgabe dieſes Edictes als genügend. Daß alſo die ädiliciſchen Klagen gegenüber den Nichtigkeitsgründen und den dicta promissa einen ſubſidiären Werth haben, iſt oft anerkannt worden (vgl. Ludovici, doctrina pandectarum, Halae 1734, pag. 321. Heineccius, elementa juris civilis secundum ordinem institutionum, Lipsiae 1766, §. 904, p. 235.) Die von Perſche, Zur Lehre vom ſogenannten error in substantia, Graz 1880, S. 98, vorgeſchlagene Vermiſchung dieſer Lehren dürfte von zweifelhaftem legislatoriſchem Werthe ſein. Auch das preußiſche Landrecht hat dieſe verſchiedenen Inſtitute nicht genügend auseinandergehalten (Th. I, Tit. 5, §§. 319 ff.).

[2]) Vgl. über den Gegenſatz des „expressis verbis dictum“ und des „specialiter expressum“ oben Bd. I, S. 206 ff.

[3]) Vgl. das unten zu der l. 11, §. 1. de contrah. empt. Ausgeführte.

werden, daß auf sie entweder als Bedingung oder in besonderen Fällen auch nur als dictum promissum Gewicht gelegt werden soll. Auch selbst hier ist es möglich, daß die Nennung einer Eigenschaft sie weder zur Bedingung, noch zu einem dictum promissum machen soll, sondern nur als ein offenbar zweckloses epitheton ornans erwähnt. So z. B. wenn ein Gast im Wirthshause ein Stück Gänsebraten an sich nimmt, indem er es dabei als Entenbraten bezeichnet, oder wenn jemand einen künstlich geschnitzten Stock, um mit seiner Kenntniß der verschiedenen Holzarten zu prahlen, als Eichenstock bezeichnet, während es Fichtenholz ist. Die Grenze zwischen diesem Falle und der Setzung einer Bedingung ist nur nach dem in §. 13 über die Erkennungsmerkmale der Bedingungen Ausgeführten feststellbar.[1]) Das ältere Recht, welches die richterliche Willkür mehr fürchtete, als die Härte des Rechtes, und den schlauen Kaufmann vor dem unvorsichtigen Käufer bevorzugte, scheint alle Nennung von Eigenschaften bei einem Abschlusse über individuell bestimmte Gegenstände für gleichgültige falsae demonstrationes oder errores nominis gehalten zu haben.[2]) Wir dagegen werden umgekehrt annehmen müssen, daß die Nennung einer Eigenschaft bei dem

---

[1]) Zitelmann, S. 597, verlangt mit Unrecht die „Form einer Bedingung." Vgl. ebenda S. 500.

[2]) Dies war noch die Ansicht des Marcellus. arg. l. 9, §. 2. dig. de contrahenda empt. 18, 1. Anders Ulpian, dessen Ansicht Justinian recipirt hat. Allen denjenigen, welchen das Endziel der Jurisprudenz in unbeugsamen Regeln zu bestehen scheint, muß die formalistische Ansicht sympathisch sein. Sie verträgt sich jedoch weder mit dem Redlichkeitsgefühle einer höheren Culturstufe, noch mit den Bedürfnissen eines entwickelten Verkehrslebens, welches die rücksichtslose Ausbeutung des Beschränkten durch den Schlaueren perhorrescirt. Sie geht davon aus, daß niemand etwas annehmen soll, was er nicht vorher genau geprüft hat.

Erwerbe einer Sache nicht ohne Zweck geschehen ist, also im Zweifel die Setzung einer Bedingung in derselben zu sehen haben.

Neben dem Dissense über die Eigenschaften, welche prästirt werden sollen, steht also der soeben erwähnte Fall, daß beide Contrahenten über die Setzung dieser Bedingung sich geeinigt haben, das in Bezug genommene Geschäftsobject aber die verabredete Eigenschaft nicht hat. Die Setzung einer solchen Bedingung werden wir immer anzunehmen haben, wenn auch nur der eine sie verlangt und der andere nicht in erkennbarer Weise widerspricht.

Ehe wir uns den Quellen zuwenden, wollen wir kurz rückblickend die Eigenschaften, welche bei einer Abrede in Betracht kommen können, klassificiren:

1) diejenigen Eigenschaften, welche, wenn auch nur von einer Seite, als unerläßliche Vorbedingungen des Geschäftes genannt und aufrecht erhalten sind. Sie können in gewissen Fällen einen error in genere oder in re in sich schließen;
2) diejenigen, welche diesen Charakter nicht haben, jedoch trotzdem prästirt werden sollen (dicta promissa);
3) diejenigen, welche zweckloser Weise als epitheta ornantia genannt sind;
4) diejenigen, welche gar nicht verabredet sind, aber gewöhnlich vorausgesetzt werden. (Diese sind für die ädiliciſchen Klagen wichtig);
5) diejenigen, welche nicht verabredet sind, auch bei Abreden der vorliegenden Art nicht gewöhnlich vorausgesetzt werden, sondern blos von dem concreten Contrahenten irrthümlicher Weise vorausgesetzt und für ihn bestimmend waren. Diese sind insofern von Bedeutung, als ihre Voraussetzung und deren bestimmende Kraft, ebenso wie ihr Nichtvor-

handensein, dem Mitcontrahenten vielleicht bekannt waren. Dann hat dieser einen Betrug begangen. In allen anderen Fällen ist der Irrthum über solche Eigenschaften selbst dann unerheblich, wenn sie nach der Verkehrsansicht wesentliche sind.

Wenden wir uns nunmehr den Quellen zu und übersetzen wir sie möglichst wörtlich ohne vorgefaßte Meinungen.

Eine der wichtigsten Stellen ist l. 9, §. 2. dig. de contr. empt. 18, 1. (Ulpianus):

> Inde quaritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro[1]) vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus[2]) scribsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

Diese Stelle sagt wörtlich übersetzt folgendes:

> „Wenn zwei Contrahenten darüber einig sind, daß ein bestimmtes Ding verkauft sein soll, dabei jedoch aus Irrthum hinsichtlich der substantia (d. h. der zur Bezeichnung der Sache erwähnten Begriffsmerkmale) eine un-

[1]) Wahrscheinlich ist an Geräthe gedacht, da bestimmte corpora in Bezug genommen worden sind. So mit Recht Savigny, S. 278, nota a.

[2]) Zitelmann, S. 566, hält diese rigorose Anschauung des Marcellus für die richtige. Anders Justinian, welcher Ulpians Meinung recipirt hat. Vgl. zu dieser Stelle auch noch Brinz, Pand., S. 1405.

erwünschte Erklärung abgegeben worden ist, welche der wahren Beschaffenheit der Sache nicht entspricht (kürzer: „wenn die Contrahenten sich hinsichtlich der in der Abrede genannten Begriffsmerkmale in der veräußerten Sache vergriffen haben"), z. B. wenn eine Flüssigkeit, welche acetum ist, als Wein, ein Stück Erz als Gold ꝛc. verkauft worden ist,[1]) so ist fraglich, ob der Kauf gilt. Marcellus meint, daß bei individueller Bezeichnung der Sache ein Mißgriff in der Benennung ihres Stoffes nicht als Einfügung einer Geschäftsbedingung aufzufassen sei" (sondern höchstens als dictum promissum?). „Ulpianus meint, die Annahme eines gültigen Kaufes sei hier bei dem acetum bisweilen richtig; denn acetum bedeute zweierlei, einmal: den sauer gewordenen Wein, welcher unter den Begriff (οὐσία) des Weines mitfalle und daher unter dem Namen vinum mitinbegriffen sei. Zweitens bedeute es aber wirklichen Essig (embamma). Dieser falle nicht unter den Begriff vinum, sei also etwas anderes, als verabredet worden, da man die Benennung der Flüssigkeit als vinum dahin deuten müsse, daß sie nur gekauft sein solle, wenn sie eben vinum ist. Das Gleiche gelte natürlich auch, wenn aes pro auro u. s. w. verkauft sei, so daß in den vorliegenden Fällen (in ceteris, durchaus nicht etwa immer) der Verkauf nichtig ist, falls hinsichtlich des Stoffes etwas anderes verabredet war, als nach der Beschaffenheit des Geschäftsgegenstandes geleistet werden konnte."

Wenn man in dieser Stelle Schwierigkeiten und sogar meta-

---

[1]) Aliquid pro vino venit heißt: „es wird etwas bei dem Kaufe als Wein bezeichnet." Die bloße Meinung, daß es Wein sei, würde bezeichnet sein durch: „pro vino acquiri putatur".

physische Verirrungen[1]) gefunden hat, so kam dies daher, daß man die Worte quae eadem est οὐσία irriger Weise mit quam vini οὐσία est statt mit quam cujus nomine res vendita erat ergänzte, während doch das letztere vom grammatikalischen Standpunkte aus das näher liegende war.[2]) Dadurch mußte man dahin kommen, die wirkliche Eigenschaft mit der vorgestellten zu vergleichen, statt mit der verabredeten. Man verlor dadurch den

---

[1]) Zitelmann a. a. O., S. 568, bemerkt Folgendes: „Ja und zur Ehre der römischen Jurisprudenz sei es angenommen, daß die Ulpianische Meinung nicht die allgemeine gewesen ist. Ich muß gestehen, es gehört einiger Muth dazu, in seiner οὐσία-Theorie etwas anderes finden zu wollen, als eine unter dem Einfluß unverstandener Philosopheme erwachsene Gedankenverwirrung." „Ulpian verwechselt zweierlei: Die Eigenschaft bestimmt das abstrakte Wesen der Sache, ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Art von Sachen, aber nicht die Identität der concreten Sache mit sich selbst." Hölder (Krit. Vierteljahrschr. 14, S. 576) meint, Ulpian habe sich durch physikalische Gesichtspunkte leiten lassen. Nach der Meinung des Verfassers beschäftigt sich Ulpian hier weder mit metaphysischen noch mit physikalischen Problemen, sondern meint einfach, daß wenn jemand mir versprochen hat, daß eine mir verkaufte Sache einer gewissen Art (οὐσία) angehöre, ich sie der Regel nach nicht zu behalten brauche, wenn dies nicht der Fall ist. Vgl. auch Pfersche, Zur Lehre vom sog. error in substantia, 1880, S. 15 ff. Hartmann, Dogm. Jahrb., Bd. 20, S. 48, 49.

[2]) Richtig erklärt Ulpianus' Entscheidung Hankoph (praeside Struvio) de effectu erroris in contractu emti venditi Kilonii 1749, p. 38. quia tempore contractus adfuit illa substantialis qualitas, quae in contractu fuerit supposita, ac proinde objectum contractus non defuit. Dasselbe scheint auch Kern (de errore contrahentium. 1806, Gottingae, §. 4, S. 42) anzunehmen; denn er erklärt den error circa qualitates dann für erheblich, si implementum negotii ob id (— offenbar nicht schlechtweg, nur „in der verabredeten Art" —) impossibile. Auch die Ansichten von Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen, IV, S. 345 ff. (1845) von Wächter, Württemb. Privatrecht, II, S. 747 ff. (1841), stehen der richtigen Ansicht sehr nahe; vgl. aber auch über dieselben und über Renand Archiv f. civ. Praxis, Bd. 28, S. 217 ff., Zitelmann, S. 550, Anm. 529.

in dem Inhalte der Abrede liegenden festen Vergleichungsmaßstab und suchte einen anderen in der Physik oder Metaphysik, indem man οὐσία mit qualitas essentialis[1]) statt mit genus in contractu nominatum übersetzte. Dieses hat die gewaltige Autorität der Glosse verschuldet. Wie wenig sie eine solche Autorität an dieser Stelle verdiente, ergiebt ihr Wortlaut.

glossa ad h. l. usia:

quia vinum est calidum et humidum sed acetum frigidum et siccum.

Die Entscheidung Ulpians gilt namentlich auch dann, wenn zuerst eine Sache in genere gekauft ist und sodann aus Versehen eine Sache tradirt wird, welche nicht dem genus, von dem die Rede war, angehört; dann ist die Tradition nichtig, natürlich nicht der Kauf, vielmehr kann der Käufer dann auf vertragsmäßige Erfüllung dringen. So, wenn ich mir im Laden ein Packet Stearinkerzen kaufe und aus Versehen für mich ein Packet Talglichter eingepackt wird. Hier gebe ich die Talglichter zurück und darf die gekauften Stearinkerzen verlangen.

Paulus fährt in der l. 10 dig. de contr. emt. 18. 1 fort:[2])

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emptor existimaret; tunc enim emptio valet.

Auch in diesem Falle ist der Käufer enttäuscht, auch in ihm

---

[1]) Vergl. Justi Mejeri, collegium Argentoratense t. I. Argentorati 1657, cap. 14, pag. 1000 (ad titulum 18, 1) qualitas essentialis modo materia, modo qualitas, modo substantia appelatur. Seine Definition: qualitas ea, quae ad definitionem speciei pertinet oder quae imam atque individuo proximam speciem exprimit stimmt so ziemlich mit den noch heutzutage üblichen Begriffsbestimmungen überein.

[2]) Daß Paulus sich nicht mit der von ihm in l. 21, §. 2. dig. de act. empti 19, 1 vertretenen Ansicht hier in Widerspruch setzt, wird die Auslegung dieser letzteren Stelle ergeben. Vgl. Zitelmann S. 575.

ſtimmt die Lieferung nicht mit ſeiner Abſicht überein, aber ſie deckt ſich mit der Abrede und dies genügt zur Gültigkeit.

Marcellus, der Vertreter der alten Verkehrsanſchauungen, welche nur den Gelegenheitskauf und den Hauſirhandel kennen und die Kaufmannsthätigkeit mehr als Freibeuterei, denn als ein des Vertrauens bedürftiges Verhalten auffaßten, hatte wahrſcheinlich behauptet, daß man auf die den Handel begleitende Rede darum nicht ſehen dürfe, weil derjenige, welcher etwas nehme, vorher die Augen ſchon aufgethan haben werde, ehe er den Beutel aufthue. Dieſem naheliegenden Einwande der alten Theorie gegen die neuere begegnet Ulpianus an derſelben Stelle (libro vicesimo octavo ad Sabinum), an welcher er die letztere vorträgt (l. 9. cit. 18, 1) mit den Worten der lex 11. pr. dig. de contrah. emt. 18, 1:

> Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit? [1])

In der That, wie ſoll derjenige wohl zuvor die Augen aufgethan haben, ehe er den Beutel aufthat, welcher kein Augenlicht beſitzt? Wenn ein Blinder ein Dutzend echte goldene Löffel kauft, ſo kann man nicht behaupten, er habe dasjenige, was man ihm als Kaufgegenſtand in die Hand gab, unbedingt acceptirt, nicht blos unter der Bedingung, daß es der Abrede entſpricht,

---

[1]) Es heißt non vidit, nicht videt, wie manche anzunehmen ſcheinen. Nur im vorliegenden Falle ſchließt das Nichtſehen den Conſens aus, nicht ſchlechtweg. Anders z. B. Naevius, systema juris universi, Francof. ad Moenum 1608. ad hanc legem: aspectus et visus ad actum necessarius. Auch Zitelmann, S. 569, meint mit Unrecht, daß nach dem Entſcheidungsgrunde dieſer von ihm getadelten Stelle ein Blinder niemals einen Vertrag abſchließen könne.

also auch dann, wenn es Zinnlöffel sind. Was vom Blinden gilt, trifft auch bei dem Unkundigen zu. Wer sich ein Paar wollene Strümpfe kauft und dabei ein Paar baumwollene erhält, kann, falls er die beiden Stoffe nicht zu unterscheiden verstand, die letzteren als vertragswidrige Waare zurückgeben, weil die Bedingung, unter welcher er contrahirte, eine unmögliche war. War er dagegen etwa selber ein Strumpfhändler, so kann er die unrichtige Behauptung des Verkäufers, daß die von ihm ausgesuchten Strümpfe echte wollene sein, unmöglich weiter beachtet haben, weil er deren Unrichtigkeit selbst sah.

Freilich meint Marcianus in der lex 45 dig. de contrahenda emptione 18, 1:

> Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. (Kaufte er sie sciens, so bekommt er sicherlich gar nichts.) quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.[1])

Auf den ersten Blick scheint Marcianus denselben Fall zu behandeln, wie Ulpianus in der l. 9, §. 2. dig. h. t. 18, 1. An der letzteren Stelle wird aus einem Kaufe Essig (acetum) statt Wein, hier werden alte Kleider statt neuer geliefert, die Leistung weicht also in beiden Fällen von der Abrede ab. Dort ist der Kaufvertrag nichtig, hier kann daraus nicht blos auf das

[1]) Savigny, S. 297, 265, Anm. 6, dürfte in dieser Stelle ohne Grund Anlaß zu Bedenken gefunden haben. Vergl. auch Zitelmann S. 576. Thomsen, S. 46, 47.

Interesse, sondern sogar auf Nachlieferung, wo diese möglich ist, geklagt werden. Die Fälle sind aber in der That nicht identisch. Nur in der l. 9, §. 2, nicht in der l. 45, finden sich die Worte: si in ipso corpore non erratur. Es haben also im Falle der l. 9, §. 2 die Parteien ein bestimmtes corpus als Kaufgegenstand bezeichnet und sich dabei nicht vergriffen. Eine solche Bezugnahme auf ein corpus bedeutet, daß dieses Ding geliefert werden soll und kein anderes. Trägt es nicht die zur Bedingung gemachten Eigenschaften, so wird gar nichts geliefert.

Anders, wenn eine solche Individualisirung nicht Statt findet, sondern einfach Fungibilien gekauft sind. Hier können Sachen, die der Abrede nicht entsprechen und tradirt sind, schlechtweg zurückgegeben werden, weil die Bedingung der Erfüllungstradition deficirt; der Kaufvertrag, welcher der Tradition vorherging, bleibt aber bestehen und aus ihm haftet der Verkäufer auf ordentliche Erfüllung und bei dolus sogar noch auf Ersatz alles sonstigen Schadens.

Viele Schwierigkeiten und Bedenken verursachte zu allen Zeiten die lex 11, §. 1. dig. de contrah. emptione 18, 1. (Ulpianus):

> Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem,[1]) tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

Die Virginität mochte auf dem Sklavenmarkte kaum als ausdrückliche Bedingung vorkommen, weil ohne unsittliche Hintergedanken eine solche Bedingung keinen rechten Sinn hat.[2]) Still-

[1]) Mommsen fragt in seiner Pandekten-Ausgabe zu venderem: vendere? M. E. bedarf es der Aenderung nicht.

[2]) Auf dem orientalischen Sklavenmarkte mag vielleicht eine solche

schweigend wurde sie sicherlich nicht zur Bedingung gemacht. Wenn man dies analog auf Eheschließungen angewandt hat, so beweist diese Gleichstellung des Interesses, das jemand an der Ehre seiner Frau hat, mit dem Interesse an der Ehre der Magd, welche unpassende Analogieen in unserer Lehre vorgekommen sind.

Was nun aber den zweiten Fall in unserer Stelle betrifft, so wird uns mitgetheilt, was der Verkäufer gethan hat (mulierem vendidit) und was der Käufer gedacht hat (puerum emere existimavit), nicht aber, was beide verabredet haben. Wir müssen also annehmen, daß gar nichts weiter verabredet ist, als was bei solchem Vertrage stillschweigend als festgesetzt gilt. Dahin gehört aber, daß diejenigen Eigenschaften prästirt werden, welche der Sache nach ihrer äußeren Ausstattung anscheinend anhaften, so z. B. daß in einer Flasche, auf welcher Essig steht, auch wirklich Essig enthalten ist. So also kommt es darauf an, ob der Sklave im Männer- oder Frauengewand dem Käufer vorgestellt worden ist; denn daß der Käufer ihn gar nicht gesehen hat, ist nicht glaublich, da so werthvolle Objecte schwerlich jemals unbesichtigt gekauft wurden. Trug der Sklave Frauenkleider, so kann der Käufer ihn, von ganz exorbitanten Fällen abgesehen, nicht für einen Knaben gehalten haben. Es bleibt also nur die Möglichkeit übrig, daß der Sklave in Knabenkleidern vorgeführt wurde, vielleicht weil der Käufer betrogen werden sollte, vielleicht weil der Verkäufer selbst betrogen war. Da die männliche Arbeitskraft sicherlich höher bezahlt wurde als die weibliche, so mag dieser Fall nicht selten vorgekommen sein. Hier verspricht nun der Verkäufer stillschweigend das Vorhandensein des männlichen Geschlechtes und die Parteien machen es zur Geschäftsbedingung.[1])

Bedingung gelten. Vgl. überhaupt Savigny, III, S. 282. Zitelmann, S. 573, bezweifelt die Richtigkeit der Ansicht Savignys.

[1]) Diese Auslegung der Stelle ist von Titius, einem der beachtens-

Was hier von Sklaven gesagt ist, dies darf durchaus nicht ohne weiteres auf Thiere analog ausgedehnt werden; denn der Sklavenmarkt regelte sich nach besonderen Gesichtspunkten.[1]) Nur, wo ein vermuthliches Interesse des Erwerbers darauf schließen läßt, daß das Vorhandensein des ausdrücklich oder stillschweigend in der Abrede bezeichneten Geschlechtes eine unerläßliche Vorbedingung des Geschäftes sein soll, ist diese Analogie gerechtfertigt. So z. B. bei Singvögeln,[2]) bei Zuchtthieren, bei Milchkühen u. s. w. Nicht aber z. B. bei einem Pfunde Ochsenfleisch, statt dessen Kuhfleisch geliefert wird, auch nicht bei jungen geschlachteten Hähnen, die mit Hühnern verwechselt werden und so fort.[3])

---

wertheften Schriftsteller über die Irrthumslehre, entwickelt (Observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum auctore Gottl. Gerh. Titio, Lipsiae 1717 obs. 514). Ebenso auch G. A. Struvii, syntagma juris civilis ad titulum 18, 1: si tamen homo non praecise, sed in statu suo tali in emptionem veniat.

[1]) Savigny bemerkt sehr treffend S. 293, daß die Anfechtbarkeit der Geschäfte wegen Irrthumes in den Eigenschaften stets von einem sicheren oder denkbaren Rechtsinteresse an der Anfechtung abhänge. In diesem Sinne sind seine Entscheidungen S. 298 ff. gehalten. Bruns, Pandektenfragmente, S. 486, meint dagegen, daß es auf das „Moment des Werthes oder Schadens" hier gar nicht ankomme. Bruns vertritt die vom Standpunkte der jetzt herrschenden Lehre consequentere, Savigny die richtigere Ansicht; denn nach dem Interesse bestimmt sich der Wille.

[2]) Wenn jemand „bei einem Gesang-Vogel eine Siee vor einen Hahn" kauft (commentatio theoretico-practica in doctrinam pandectarum Ludovicianam, autore J. H. Rothero, Halae 1742, S. 638, §. 11, woselbst jedoch in diesem Falle nur die redhibitoria als zulässig erklärt wird.)

[3]) Savigny, S. 282, und Bruns a. a. O., S. 486, weisen die Analogie von dem Sklavenkauf auf den Thierkauf mit Recht zurück. Die von Savigny angeregte schwierige philosophische Frage, ob das Geschlecht unter die Begriffe materia und substantia falle, ist von dem Standpunkte des Verfassers ohne juristische Bedeutung.

Zu den ſchwierigſten Aufgaben der Exegeſe gehörte zu allen Zeiten eine Vereinigung der lex 41, §. 1. dig. de contrah. emptione 18, 1. (Julianus):

> Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens. nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

mit der lex 14. eodem. Die ſoeben mitgetheilte Stelle ſtimmt mit der l. 9, §. 2. cit. eodem durchaus überein. Es war eine mensa als mensa solida verkauft; ſie war nicht echt, hatte ſomit eine andere *οὐσία*, als das verabredete Object. Folglich iſt das Geſchäft wegen Setzung einer ſtillſchweigenden Bedingung nichtig.[1]) Dem gegenüber ſoll nun Ulpianus in der l. 14. eod. behauptet haben, daß jemand, der etwas als Gold zu kaufen glaubt und, wie man hinzuſetzt, auch wirklich kauft, es behalten müſſe, auch wenn es nur inauratum ſei.

Man ſuchte dieſes Ergebniß mit der l. 41, §. 1 cit. dadurch zu vereinigen, daß man inauratum nicht mit „vergoldet", ſondern mit „theilweiſe golden"[2]) überſetzte und ſtellte ſo die Theorie

---

[1]) Zitelmann, S. 580, 581, nimmt hier eine ausdrückliche Bedingung an; denn er will das pro solida mit si sub conditione emptio facta intelligatur überſetzen. Wollte man dies annehmen, ſo müßte man mit dem pro novis der lex 45. dig. eodem 18, 1 in gleicher Weiſe verfahren. Es bedarf deſſen jedoch nicht. Die Annahme des Accurſius, daß hier beſonders verabredet worden, ut solida mensa esset ex auro, wird von Cujacius, observat. lib. 2, c. IV, verworfen, weil ſolche Abrede ſelbſtverſtändlich ſei.

[2]) So Cujacius, observat., lib. II, cap. 4, inauratis aurum immixtum (woſelbſt ſich auch ſehr intereſſante philologiſche Notizen über viriolae finden). Aehnlich Voet, compendium juris juxta seriem Pandectarum, Lugduni Batav. 1688, p. 265, ad. tit. 18, 1, nro. 3. Giphanius antinomiarum juris civilis sive disputationum ex Giphanii praelectionibus, Francof. 1605, III, p. 61. Mudaeus von Löwen (vgl. Stintzing,

auf, daß, wenn ein als golden verkaufter Gegenstand blos an seiner Oberfläche eine Goldschicht trage, der Kauf nichtig sei,[1]) dagegen gelte, wenn auch noch so wenig Gold in den Stoff hineingemischt sei. Alles komme also darauf an, ob die Zuthat von Gold sich oben auf oder mitten in der Sache befinde.

Mit solchen Vereinigungen mag sich derjenige begnügen, welcher die Pandektenstellen für willkürliche Einfälle launischer Despoten hält. Den Verfasser würde, wenn die lex 14 wirklich jenen Satz enthielte, weniger ihr Widerspruch mit der l. 41, §. 1, als derjenige mit den einfachsten Gesetzen der gesunden Vernunft verwundern. So etwas kann ein Ulpianus nicht geschrieben haben. Sehen wir uns den Inhalt der Stelle genau an:

lex 14. dig. de contrah. emptione 18, 1:

> Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset?

Ulpian wirft hier die Frage auf, ob der beiderseitige Irrthum ohne weiteres das Geschäft entkräfte. Diese Frage ist später wiederholt bejaht worden, weil man übersah,[2]) daß der beiderseitige Irrthum nur dann ein nichtiges Geschäft nach sich zieht, wenn er einen beiderseits als unerläßliche Geschäftsbedingung

---

Gesch. d. Rechtswissenschaft, S. 133) — dieser ist offenbar bei Lauterbach, collegii theorico-practici, p. I, 1714, p. 1185, gemeint — unterschied zwischen corpora artificialia und non artificialia. Aehnlich Savigny, S. 280, n. c.

[1]) Wesembeck in Henr. Hahnii Icti, observata theoretico-practica ad Matthaei Wesembecii in L liberos digestorum commentarios. 1659, I. p. 986, bemerkt neque operimentum pars est materiae ut nec vestimentum corporis. Der Vergleich hinkt, Wesembeck hätte das operimentum höchstens mit der Haut, nicht mit dem Kleide vergleichen können. Pantaleon, (praes. Feltzio), excerpta controversiarum de errore. Arg. 1713, S. 10, nimmt in der l. 41, §. 1 zwei corpora, mensa und lamina, als vorausgesetzt an.

[2]) Vgl. oben §. 22, S. 381, Anm. 3.

vorausgesetzten Punkt betrifft. Ulpianus verneint also in der That die unbedingte Erheblichkeit beiderseitigen Irrthumes, indem er das folgende Beispiel anführt:

> ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea?

Es finden also Miterben in dem Nachlasse einen Armschmuck vor, von dem es heißt, er sei golden. Sie wollen ihn einem von ihnen überlassen. Sie thun also dasjenige, was Miterben noch heutzutage in solchen Fällen zu thun pflegen, wenn sie nicht selbst Goldarbeiter sind: sie lassen den Werth des Schmuckgegenstandes durch einen Sachverständigen feststellen. Dies besagen die für gewöhnlich übersehenen Worte pretio exquisito. Nunmehr findet der Kauf Statt. Nachher stellt sich heraus, daß die viriola nur zum Theile echt ist. Hätte der Erbe die viriola einfach in dem Laden eines Goldarbeiters gekauft, so würde Ulpian kein Bedenken gehabt haben, dem Grundsatze der l. 9, §. 2. dig. h. t. getreu die vertragswidrige Lieferung für nichtig zu halten. Hier aber haben die Contrahenten den Preis durch einen Dritten bestimmen lassen, der allem Anscheine nach bei der Abmessung desselben auf die Unechtheit des Metalls schon gebührende Rücksicht genommen hat. Hier also ist die Echtheit nicht zur Geschäftsbedingung erhoben worden, das Interesse, welches der Käufer an ihr hat, ist schon durch die Ermittelung des wahren Werthes des Gegenstandes befriedigt worden. Darum entscheidet Ulpian:

> venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit.

Sollte freilich die viriola ganz und gar nicht den Anschein eines goldenen Gegenstandes haben, so würde ihre äußere Beschaffenheit von der bei der Abrede beiderseits vorgestellten so sehr abweichen, daß der Käufer, wenn auch durch die Preisermittelung vor dem schlimmsten Schaden geschützt, den von der Abrede so gänzlich

abweichenden Gegenstand würde zurückweisen können, weil eine Geschäftsbedingung nicht erfüllt wäre.

Nun schließt Ulpian mit folgenden Worten:

> nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.

Man muß hier nicht allein den Gegensatz zwischen dem inauratum, statt dessen sich der Käufer ein aureum einbildete, und dem aes, statt dessen in dem Falle gänzlicher Unechtheit dem Käufer ein aurum versprochen war, betonen, sondern vor allem überhaupt den Gegensatz zwischen Einbildung (putem) und Versprechen (veneat), und diese Worte etwa folgendermaßen übersetzen:

> „denn, wenn die Wirklichkeit der Einbildung nicht entspricht, z. B. hier das inauratum nicht dem aureum, so hindert dieses die Gültigkeit des Kaufes nicht, wenn aber die Wirklichkeit der Abrede nicht entspricht, so wenn im vorliegenden Falle statt des aurum, von dem die Rede war, lediglich ein aes geliefert worden wäre, dann gilt der Kauf nicht."

Mit einem Worte: Nicht die Absicht ist das Entscheidende, sondern die Abrede.

Bei dieser strenge wörtlichen Uebersetzung ist die Stelle klar und verständlich und mit den übrigen Stellen nicht im Widerspruche.

Weniger Schwierigkeiten macht die l. 58. dig. eodem 18, 1. (Papinianus):

> Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive igno-

rante venditore; sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt (nämlich in der bekannten l. 57. dig. eodem, welche von der gänzlichen oder theilweisen Nichtigkeit des Kaufgegenstandes redet).

Die Erheblichkeit ſtillſchweigender Bedingungen wird hier in beſonderer Berückſichtigung der Bedingung des unverſehrten Objectes klar hervorgehoben.[1])

Wo nur ein Contrahent an dem Geſchäfte intereſſirt iſt, alſo bei den einſeitig belaſtenden Geſchäften, da kann eine Differenz der verabredeten und der wirklichen Eigenſchaften von ſeiner Seite niemals als Nichtigkeitsgrund hervorgehoben werden, weil die Sache ſelbſt mit ſchlechteren Eigenſchaften ihm lieber ſein wird, als gar keine, ſobald er kein Aequivalent zu leiſten braucht. So entſcheiden zwei Stellen:

l. 22. dig. de verborum obligationibus 35, 1. (Paulus):

Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine. quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.[2])

---

[1]) Streitig iſt, ob man die Nichtexiſtenz eines Theiles eine Eigenſchaft des Reſtes nennen kann. Vgl. einerſeits Savigny, Syſtem, Bd. III S. 284, und Zitelmann, S. 582, S. 575 a. E., und andererſeits Windſcheid, §. 76, Note 9. Auch auf dieſe Frage kommt es nach der Theorie des Verfaſſers nicht an.

[1]) In früherer Zeit hatte man über den Grund dieſer Entſcheidung keinen Zweifel. Vgl. Cornelius van Eck (Trajecti ad Rhenum 1724) ad titulum 18, 1. c. 16 m. 20, p. 432, in stipulatione, in donatione, in pignore error in substantia rei non vitiat negotium. differentiae ratio in promptu est. Pantaleon, excerpta controversiarum de errore. Arg. 1713, p. 7. cum stipulator nihil vicissim praestet, ipsius interest. illud saltem corpus habere. Erſt neuerdings ſind Bedenken aufgetaucht. Savigny,

Die lex 1, §. 2. dig. de pign. act. 13, 7. (Ulpianus):

> Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit praeter stellionatum quem fecit.

bedarf hiernach eines weiteren Commentares nicht. [1])

Man vergleiche auch noch die l. 50 dig. de solutionibus 46, 3. (Paulus): [2])

S. 300, Anm. s., 301, erklärt die Stelle aus einem civilrechtlichen Rigorismus, während sie doch auch bei formlosen Schenkungsversprechen gelten muß. Er meint, die Stipulation sei auch dann für den Promittenten bindend gewesen, wenn dieser ein goldenes Gefäß statt eines vergoldeten versprochen habe, eine Analogie, bei der die Voraussetzung der Aehnlichkeit fehlt. Zitelmann (S. 565, Anm. 547) tadelt die von Windscheid mit Recht abgelehnte analoge Anwendung der Stelle auf zweiseitige Geschäfte. Hölder a. a. O., S. 580, hält die Stelle gegenüber der l. 9, §. 2. dig. de contr. empt. für inconsequent. Richtig Thomsen, Die rechtl. Willensbestimmung, S. 44. Bruns, Pandektenfragmente, S. 486 (woselbst l. 122 statt l. 22 citirt ist), meint, daß das hier betonte Moment des Schadens und Werthes nicht hierher gehöre; vergl. dagegen S. 457 Anm. 1. Aus diesem angeblich nicht hierher gehörigen Momente argumentirt Savigny in Anlehnung an die lex 52, dig. locati 19, 2 in trefflichster Weise (III, S. 298 m.) in einer Reihe von Fällen. Richtig auch Brinz, Pand., S. 1409.

[1]) Richtig Brinz, Pandekten, S. 1409. Thomsen, S. 44. Zitelmann, S. 563, will das hier vom Pfandrechte Gesagte analog auf alle dinglichen Rechte, z. B. auch auf Traditionen aus einem Verkaufe, anwenden. Dabei dürfte die gesetzliche Schranke, welche die l. 13 dig. de legibus 1, 3 (quae tendunt ad eandem utilitatem) der Analogie zieht, nicht gewahrt sein. Zitelmann hätte übrigens hier von seinem Standpunkte aus eine „unbestimmte Absicht auf das Mindere" annehmen können, zumal er eine ganz ähnliche Frage S. 530, Anm. 496 in diesem Sinne ganz richtig entscheidet.

[2]) Thomsen, S. 44.

Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum.

Auch hier nimmt der Erwerber gern vorläufig das Minderwerthe und hält es feſt, bis er das ihm Gebührende erhält.[1])

Für eine der ſchwierigſten Stellen der Pandekten gilt die l. 21, §. 2. dig. de actionibus empti venditi 19, 1. (Paulus), welche wir wegen ihrer großen Wichtigkeit ſtückweiſe überſetzen wollen.

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus emptionem esse (sic omnes libri boni, Mommsen) etc.

Es ſcheint beinahe, als ob Paulus hier von demſelben Falle redet, wie Ulpianus in der l. 9, §. 2. cit. 18, 1, welcher dort ſagt:

si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit etc.

Allein in corpore non errare und in corpore consentire iſt zweierlei. Das Erſtere liegt vor, wenn beide von derjenigen Sache reden, von welcher ſie reden wollen, das Zweite, wenn der Sinn dieſer Rede dahin geht, daß die Sache wirklich — alſo nicht etwa blos unter einer unmöglichen Bedingung — Geſchäftsgegenſtand ſein ſoll. Wo alſo, wie in der l. 9, §. 2. cit. 18, 1, die Eigenſchaft als Bedingung gelten ſoll, kann, wenn ſie fehlt, von einem in corpore consentire nicht die Rede ſein, und wo trotz eines Diſſenſes über die Eigenſchaften in corpore conſentirt ſein ſoll, da wird eben dadurch angedeutet, daß im vorliegenden Falle

---

[1]) Aehnlich wie im Falle der l. 26, §. 4 de cond. indebiti 12, 6. Auf den Fall, in welchem Gold ſtatt Erz zahlt, läßt ſich aus dem S. 463 Anm. 1 (oben) angegebenen Grunde dies nicht mit Zitelmann, S. 564, analog anwenden. Richtiger Windſcheid, Pand., §. 76, Nr. 10.

die Eigenschaften nicht als Geschäftsbedingungen, sondern nur als dicta promissa erwähnt worden sind. Dann ist der Kauf allerdings gültig.

> tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum,[1]) etsi venditor quoque nesciet.

Eine solche blos als dictum promissum beigefügte Eigenschaft kann nun von sehr verschiedener Art sein.

Als Beispiel erwähnt die Stelle am Schlusse:

> veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.[2])

Man beachte wohl, daß die Stelle nicht lautet:

> Si quis mensas quasi citreas emat, quae non sunt, emptio est, cum in corpore consentiamus,

sondern

> Cum in corpore consentiamus, emptio est veluti si mensas quasi citreas emat.

Es wird also nicht einfacher Kauf von mensae quasi citreae vorausgesetzt, sondern ein solcher Kauf dieser Art, bei welchem in corpore consenserunt, d. h. der Gegenstand etwa wegen seines

---

[1]) „Enttäuscht", nicht nothwendiger Weise „betrogen". Savigny, III, S. 288.

[1]) citreus bedeutet: „aus dem Holze des afrikanischen Citrusbaumes". Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 577. Zitelmann (S. 572) nimmt an, daß der gekaufte Tisch aus gewöhnlichen Holze bestanden habe (ähnlich Dernburg, Lehrb., §. 108, Anm. 8) und daß er zu ungeheuerem Preise gekauft sei (Plinius, hist. nat. XIII, 15). Beides ist aus der Stelle nicht ersichtlich. Wir wissen nicht, ob die dort erwähnten Tische ebenso theuer bezahlt werden sollten, als der bei Plinius erwähnte, und wenn dies auch wahrscheinlich ist, so ist doch keineswegs behauptet, daß die gekauften Tische von schlechtem Holze waren. Da vielmehr der Käufer unbedingt in corpus consentirte, so muß er doch wohl eine auf alle Fälle werthvolle Mobilie vor sich gehabt haben. Gegen die von Cujacius behauptete Lächerlichkeit der Stelle vergl. Savigny, S. 287, 288 v. Nicht recht befriedigend Thomsen, S. 47.

Kunſtwerthes (— die Tiſche waren vielleicht geſchnitzt —) oder wegen eines pretium affectionis (— ſie ſtammten vielleicht aus dem Nachlaſſe eines berühmten Mannes —) oder auch aus bloßer Laune auf alle Fälle gekauft ſein ſollte.

Dieſe wörtliche und einfache Auslegung der Stelle war ſo lange unmöglich, als man consentire mit una sentire verwechſelte und errare mit falsa opinione decipi identificirte; denn unter dieſen Vorausſetzungen waren allerdings das in corpore non errare der l. 9, §. 2. cit. 18, 1 und das in corpore consentire der l. 21, §. 2. cit. 19, 1 identiſche Größen, was ſie eben nicht ſind.

Wir ſcheiden von einer angeblich an Antinomieen reichen Lehre mit dem Bewußtſein, daß es beſondere Vorſchriften über den error in qualitate nicht giebt und die Quellenentſcheidungen über dieſen Gegenſtand nichts ſind als eine klare und conſequente Anwendung der aus dem Conſensbegriffe folgenden Lehre von der Nichtigkeit wegen Diſſenſes oder wegen des Ausfalls einer ſtillſchweigenden Bedingung.

Das Gefühl der Bewunderung für die römiſchen Juriſten wird uns freilich getrübt durch die ſchmerzliche Erfahrung, daß ſelbſt die ſchönſten und edelſten Erzeugniſſe des menſchlichen Geiſtes gegenüber der entſtellenden Kraft des Mißverſtändniſſes ohnmächtig ſind.

---

§. 27.

Der error in quantitate und in negotio.

Auch der Irrthum in der Quantität, d. h. in der Zahl gleichartiger Beſtandtheile einer Geſammtheit, verlangt keine beſondere juriſtiſche Behandlung.[1]) Nach dem oben Entwickelten

[1]) Man unterſcheidet denſelben mit Recht von dem Irrthume in der

kann der Quantitätsirrthum nicht erheblich sein, wenn er nicht dem Mitcontrahenten erkennbar wurde. Wenn ich in Folge eines Schreibfehlers jemandem anbiete, ihm mein Haus für 120,000 Mark zu verkaufen, während ich 130,000 dafür haben wollte, so darf ich diesen „inneren Willen“ nicht ohne weiteres später als Nichtigkeitsgrund geltend machen.[1]) Ferner ist der bloße error circa quantitatem, welcher nicht zugleich ein error in quantitate ist, d. h. der bloße Quantitätsirrthum, welcher nicht zu einem dem eigentlichen Wunsche des Irrenden widersprechenden Vertragsinhalte hingeführt hat, für ihn kein Grund zur Behauptung einer Nichtigkeit des Vertrages. Dies gilt namentlich dann, wenn der Irrende in Folge seiner falschen Meinung einen ihm noch ungünstigeren Vertragsinhalt herzustellen wähnt, als es in der That der Fall ist.[2]) Damit hängt der durchaus richtige Satz: „In eo, quod plus sit, semper inest et minus“ (l. 110 pr. dig. de reg. juris 50, 17) zusammen. Bei einseitigen Geschäften folgt er schon aus der Analogie des Satzes: „Quot res tot stipulationes“; hinsichtlich des Ueberschusses, auf welchen nur der eine,

---

Größe, d. i. dem Verhältnisse einer bestimmten Sache zu feststehenden Maßen oder Gewichten. Die schwierige Frage, ob man dieses nicht ohne eine Schlußfolgerung wahrnehmbare Attribut einer Sache den Eigenschaften derselben beizählen soll, ist von dem Standpunkte des Verfassers aus ohne juristische Bedeutung. Auch die Erheblichkeit des Dissenses über die Größe regelt sich nach den angegebenen allgemeinen Gesichtspunkten, d. h. danach, ob die vorausgesetzte Größe eine unerläßliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses sein sollte. Zitelmann hält diesen Irrthum durchweg für unerheblich (S. 599; vgl. auch Zitelmann, S. 602). Dem stimmt der Verfasser dann nicht bei, wenn die Voraussetzung einer bestimmten Größe und ihre Wichtigkeit erkennbar hervortritt, z. B. also nicht, wenn ein verkaufter Metermaßstab nicht wirklich ein Meter lang ist.

[1]) Savigny, System, III, S. 259.

[2]) Vgl. l. 52. dig. locati 19, 2. Savigny, S. 274, 275.

nicht auch der andere, seine Erklärung gerichtet hat, liegt nicht einmal ein dissensus, sondern überhaupt nur eine rechtlich irrelevante einseitige Erklärung vor. Bei zweiseitigen Geschäften läßt sich das Geschäft nicht in solcher Weise spalten, der beiderseitig gewünschte Erfolg besteht in dem als einheitliches Bild vorgestellten Austausche der beiden synallagmatisch mit einander verknüpften Leistungen.[1]) Allein der Satz: In eo quod plus est, inest minus ist auch hier zutreffend, wenn man ihn nur in richtiger Weise übersetzt. Er bedeutet nicht: „Wer bei einem Geschäfte eine höhere Quantität im Auge hat, als sein Mitcontrahent, ist auf die niedrigere gebunden;“ dann würde der Satz sicherlich z. B. dann falsch sein, wenn ein Vermiether mehr verlangt hat, als ihm der Miether zubilligt. Er bedeutet vielmehr: „Wer sich zu einer größeren Leistung bereit erklärt, als sie sein Mitcontrahent erwartet, haftet für die mindere.“ Die Ueberlassung einer Wohnung für fünf Thaler monatlich ist ein plus gegenüber der gleichen Leistung für einen monatlichen Zins von zehn Thalern.[2])

---

[1]) Man kann daher auch nicht sagen, daß derjenige, welcher 100 Flaschen Wein für 100 Mark kaufen will, auch 10 Flaschen für 10 Mark zu nehmen bereit ist.

[2]) Anders scheint Zitelmann (S. 606) den Sinn der Regel, deren „magere Weisheit“ er tadelt, aufzufassen. In der Sache selbst vertritt er die richtige Ansicht. Ob die beiden von ihm beispielsweise angeführten Ausnahmefälle der Regel sich als solche aufrecht erhalten lassen, dürfte recht zweifelhaft sein: A bittet den B um tausend Mark; dieser offerirt ihm 5. A antwortet, daß er 1000 Mark, aber nicht ein Almosen „nehme“. Dieses „nehme“ ist sprachlich nicht correct, es hätte heißen müssen, „daß er 1000 Mark nehmen würde, wenn sie ihm geschenkt worden wären, nunmehr aber gar nichts nehmen wolle“; es liegt hier also wohl kein Dissens, sondern eine Ablehnung der Offerte vor. Vergl. ferner Zitelmann, S. 610: Einem Beamten wird in der Absicht der Bestechung ein Stück Wild zu dem unverhältnißmäßig billigen Preise von zwei Mark angeboten. Der Beamte erklärt, es für zehn Mark kaufen zu wollen. Der Händler glaubt, daß die

Ein minus würde vorliegen, wenn der Vermiether für seine Wohnung mehr verlangt hätte, als ihm zugebilligt worden ist.[1])

Es wurde bisher immer nur von Vertragsverhandlungen gesprochen, bei welchen von Quantitäten in abstracto die Rede war. Eine besondere Beachtung verdient auch hier diejenige Abrede, bei welcher auf einen in der Außenwelt an einer bestimmten Stelle vorhandenen Complex gleichartiger Individuen hingewiesen wird, z. B. auf diesen Haufen Geldes, auf den Inhalt dieses Weinfasses, auf diese Kiste Hafer u. s. w.[2]) Eine solche Hinweisung kann bei obligatorischen Verträgen und muß bei allen Traditionen von Quantitäten, bei welchen nicht die einzelnen Stücke abgezählt werden, vorkommen. Bei derartigen Geschäften ist nun nicht blos, wie bei den in abstracto bestimmten Quantitäten, ein Dissens über die Quantität denkbar, sondern auch daß die Bedingung der richtigen Quantität bei beiderseitigem Irrthume ausfällt. Der Dissens vernichtet nun der richtigen Meinung nach einen jeden solchen Vertrag, auch Traditionen. So z. B. wenn mir jemand dieses Faß von 70 Eimern abkaufen will und ich aus Mißverständniß erwidere, daß ich ihm dieses

---

Offerte bedingungslos acceptirt worden sei. Nach der Meinung des Verfassers ist der Kauf gültig und der geringere Preis geschuldet (anders Zitelmann). Der Beamte kann ja zur Wahrung seiner Ehre die acht Mark, welche er erspart hat, in einer dem Händler erkennbaren Weise zu irgend einem wohlthätigen Zwecke verwenden.

[1]) Consequenzen der Regel vergl. in der l. 9, §. 3, 4. dig. de her. inst. 28, 5. l. 15. pr. dig. de leg. I. Vgl. auch Gajus, III, 102, und überhaupt Zitelmann, S. 605, Anm. 606.

[2]) Vgl. Zitelmann, S. 599, 611, Anm. 613. Bei solchen Complexen gleichartiger Individuen ist der Irrthum über die Größe immer zugleich ein Irrthum über die Quantität, während bei den in abstracto bestimmten Quantitäten nur dieser letztere, bei concreten einheitlichen Sachen nur der erstere denkbar ist.

Faß von 60 Eimern für den zugebilligten Preis verkaufe.[1]) Von einem consensus in corpore kann nicht die Rede sein, da nur unter der dann unmöglichen Bedingung des Einverständnisses über die Größe des Kaufobjectes offerirt worden war. Ist dagegen ein beiderseitiger Irrthum über die Quantität vorhanden, so liegt hier, wie überall bei beiderseitigen irrthümlicher Weise vorausgesetzten Vorbedingungen, dann keine wahre conditio in praesens relata vor, wenn es sich um einen dinglichen Vertrag handelt, vielmehr wird hier, wie sonst, grundsätzlich im Zweifel nur eine obligatorische Rückerstattungspflicht seitens des Empfängers übernommen, weil die gegentheilige Bestimmung die unleidlichsten Folgen würde nach sich ziehen müssen.[2])

arg. l. 19, §. 6 dig. locati conducti 19, 2. (Ulpianus):

> si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit .... per errorem, dum putat se quindecim conduxisse ..... habebit .... solam condictionem.[3])

---

[1]) Ob Zitelmann, Seite 599, dem beistimmen würde, ist nicht zweifellos; vgl. S. 611, Anm. 613.

[2]) Vgl. Bd. 1, S. 267—270.

[3]) Wenn jemandem „die 100 Fässer in meinem Keller" verkauft und ihm behufs Tradition die Schlüssel übergeben sind, so kann er, falls sich 120 Fässer dort vorfinden, nicht den vollen Inhalt des Kellers als tradirt betrachten. Sind die Fässer von verschiedener Art, so ist, falls ich nicht etwa nachträglich alle preisgebe, Kauf und Tradition wegen Unauffindbarkeit des in der Abrede bestimmten Objectes nichtig. (So richtig Exner, Tradition, S. 266, Nr. 41.) Sind die Fässer gleichartige, so kann der Käufer hundert ausscheiden. Nimmt er eins mehr wissentlich an sich, so ist es entwendet. Weise ich aber jemandem hundert Fässer aus einer größeren Quantität oder eine von drei Diamantfedern zu (Zitelmann, S. 613) und dieser nimmt hundert und zwanzig Fässer oder alle drei Federn an sich, so erwirbt er an keinem einzigen Stücke Eigenthum; denn ein jedes war ihm nur unter der Bedingung tradirt, daß er nicht zu viele Stücke aus der Gesammtheit ausscheiden werde. Da jedoch der Trabent

Damit scheint allerdings eine Stelle im Widerspruche zu stehen, nämlich die l. 25, §. 1. dig. de usufr. 7, 1. (Ulpianus) verbis:

> quod si ex re utriusque (domini et usufructuarii) pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Julianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque, utputa decem milia pretii nomine debebat et dena solvit ex re singulorum: cui magis servus acquirat? si numeratione solvat, intererit, cujus priores nummos solvat: nam quos postea solverit, aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent: si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum acquisisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.[1])

Es hat ein im Nießbrauche befindlicher Sklave aus einem Kaufe zu viel gezahlt. Die Tradition ist nichtig. Es sind hier zwei Fälle denkbar. Entweder der Sklave hat den Ueberschuß schenken wollen,[2]) oder er hat ihn aus Irrthum gezahlt. Im ersteren Falle ist die Tradition schon darum nichtig, weil sie von einem Nichteigenthümer ohne Vollmacht geschehen ist; denn zu Schenkungen bevollmächtigt die Einräumung eines peculium

---

gegen seine Vindication eine Einrede aus seinem Vertrage befürchten muß, so hat er sein Klagepetitum dahin zu stellen, „daß der Verklagte zu verurtheilen, des Klägers Eigenthum an allen weggenommenen Stücken anzuerkennen und nach vorheriger Ausscheidung der ihm überlassenen Stücke den Ueberrest herauszugeben."

[1]) Vgl. Dernburg, Archiv f. civ. Pr., Bd. 40, S. 18 ff.

[2]) So Zitelmann, S. 602; vgl. auch daselbst (S. 601, Anm. 602) die sehr scharfsinnigen Ausführungen über den vermuthlichen, zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt. A. M. Dernburg, a. a. O.

nicht.[1]) Ist die Zahlung jedoch aus Irrthum geschehen, so brauchen wir durchaus nicht anzunehmen, daß gerade der Irrthum es ist, aus welchem die Nichtigkeit gefolgert wird, und daß die Stelle eine Analogie von der Zahlung des Sklaven auf ähnliche Leistungen freier Personen zuläßt. Dagegen spricht vielmehr die Schlußwendung:

> quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.

Und in der That, daraus, daß dem Sklaven Schenkungen schlechtweg untersagt waren, ergab sich, daß die ihm ertheilte Vollmacht sich nur auf solche Veräußerungen, die sich als Leistungen gegen ein verabredetes Aequivalent auffassen ließen, nicht aber auf völlig entgelt- und grundlose Leistungen bezog. Die Folge dieses Satzes mochte allerdings sein, daß man bei der Empfangnahme einer Zahlung seitens eines Sklaven aufmerksamer sein mußte, als bei der Entgegennahme solcher Leistungen aus der Hand des Herrn. Dieses war aber allem Anscheine nach den Römern nicht unerwünscht, da es die Gefahren, welche die Peculiarwirthschaft für den Herrn des Sklaven nach sich zog, einigermaßen ausglich.[2]) [3])

Zu erwähnen ist noch der sog. error in negotio, der Irrthum darüber, daß ein Vertrag vorliegt und welcher.

---

[1]) arg. lex 7. pr. dig. de don. 39, 5. (Ulpianus): Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat.

[2]) Der Umstand, daß man in unserem Falle hinsichtlich keines einzigen Geldstückes feststellen konnte, ob es zur Zahlung diente oder einen Ueberschuß über die Schuldsumme bildete (so richtig Zitelmann, S. 603) würde für sich allein nicht genügen, um die getroffene Entscheidung zu begründen. Läge nicht noch außerdem ein anderer Nichtigkeitsgrund vor, so würde er nur zur Folge haben, daß die Rückforderungscondiction sich unter den Nießbraucher und den Eigenthümer im Verhältnisse ihrer Antheile an der gezahlten Gesammtsumme vertheilen müßte.

[3]) Es ist also hier nicht nöthig, einen animus donandi vorauszusetzen.

Das erstere ist dann der Fall, wenn jemand z. B. einen Geburtstagsbrief unterschreiben will und aus einem erkennbaren Versehen einen Contrakt unterschreibt oder die Schenkung eines Grundstückes, welche er erkennbarer Weise nicht unterschreiben will,[1]) unterzeichnet u. s. w.

Was jedoch den Irrthum darüber, welches Geschäft vorliegt, anbelangt, so muß dieser nach dem oben (Bd. I, §. 12) Ausgeführten dann ganz gleichgültig sein, wenn er nur in einer falschen Subsumption der gewollten Rechtswirkung unter einen unrichtigen Vertragsbegriff besteht. Ob die Parteien einen Kauf, welchen sie abschließen, Tausch nennen, ja selbst ob sie ernstlich glauben, solche Geschäfte nenne man Tausch, das ist gleichgültig. Es kommt immer nur darauf an, welchen Erfolg sie unter Rechtsschutz stellen wollen, den rechtlichen Namen dieses Willens ausfindig zu machen, ist nicht ihre Sache, sondern diejenige des Juristen.

Ein dissensus in negotio liegt also nur dann vor, wenn die Contrahenten sachlich verschiedene Vertragsbestimmungen anerkennen, und die Differenz ihrer erklärten Absicht einen Punkt betrifft, nach welchem die beiderseits gewünschten Vertragsnormen verschiedenen Geschäftsarten angehören; denn die Geschäftsarten sind nichts als Zusammenfassungen von Geschäften, auf welche sich besondere Rechtssätze beziehen, nach gemeinsamen Merkmalen. Hieraus folgt nun, daß der Irrthum in einer Geschäftsart mit dem Irrthume in demjenigen Merkmale des Geschäftsinhaltes, welches dessen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Geschäftsart

---

[1]) c. 5. Cod. plus valere quod agitur 4, 22, Bd. 1, S. 152. c. 10. Cod. de donat. 8, 53 (54), Bd. 1, S. 152, Bd. 2, S. 365. c. 18. §. 1. Cod. de prob. 4, 19, Bd. 1, S. 152.

bestimmt, identisch ist. Da nun die Unterscheidungsmerkmale der Geschäftsarten in persönlichen Eigenschaften der Contrahenten bestehen kann, z. B. die Feststellung einer Weiberbürgschaft oder eines Hauskindsdarlehns davon abhängt, so kann der dissensus in negotio mit einem dissensus in persona identisch sein. So z. B. wenn der gemeinsame Agent des Hausſohnes Titius und des Hausvaters Sempronius für ersteren ein Darlehn aufnimmt, während der Leihende es für letzteren hingiebt. Eben dasselbe gilt von dem dissensus in re. Titius will ein Pferd gegen eine Kuh dem Sempronius überlassen, dieser erklärt aus Versehen, es gegen dreihundert Mark nehmen zu wollen. Der eine offerirt hier einen Kauf, der andere acceptirt einen Tausch. Auch der Dissens über Geschäftsbedingungen kann einen dissensus in negotio in sich schließen. So wenn A dem B einen Gegenstand unter der doppelten Bestimmung anbietet, daß dieser ihn nehmen und nach acht Tagen wiederbringen soll, und zweitens, daß er ihm dafür zwei Mark zahlen soll, B das Anerbieten acceptirt und erkennbar macht, daß er diese zweite Bestimmung überhört hat und ein unentgeltliches Geschäft abzuschließen glaubt. Hier wird eine Miethe offerirt und ein Commodat acceptirt.

Allein selbst der bekannte Fall, daß statt eines offerirten Darlehns oder Kaufes eine Schenkung acceptirt wird, oder umgekehrt,[1]) fällt gleichfalls unter den Begriff des dissensus in re, es ist ein Dissens über die von der einen Seite zu leistende Sache; der Offerent des Darlehns oder Kaufes will eine Rückgabe oder einen bestimmten Preis als Aequivalent seiner Leistung

[1]) Vergl. die in §. 27 erklärten l. 18. dig. de reb. cred. 12, 1 und l. 36. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. Daß l. 3, §. 1. dig. de obl. et act. 44, 7 und l. 5. pr. dig. de neg. gest. 3, 5 nicht hierher gehören, ist von Zitelmann, S. 529, Anm. 492, richtig ausgeführt.

haben und der Acceptant setzt statt dessen, indem er eine Schenkung acceptiren will, dies Aequivalent gleich Null.[1])

Das Ergebniß des Bisherigen ist, daß auch über den error in quantitate und in negotio besondere Rechtsvorschriften nicht existiren, und daß somit die Erheblichkeit des Irrthumes nach römischem Rechte nirgends von seinem Gegenstande abhängig gemacht ist, sondern immer nur von derjenigen Bedeutung für die Gültigkeit des Vertrages, welche der Sinn der Parteierklärung dem irrrthümlicher Weise vorausgesetzten Umstande beilegt.

Damit dürfte aber die am Anfange dieses Abschnittes (§. 24) gestellte Aufgabe gelöst sein.

---

§. 28.

Der sogenannte error in dominio.[2])

Nachdem oben bereits auseinandergesetzt worden ist, daß error oft ein „Versehen" bedeutet[3]) und errare in aliqua re die Richtung einer Willenserklärung auf einen unerwünschten Gegenstand bezeichnet, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Kategorie des von Neueren sog. error in dominio nicht im Geiste und in der Redeweise der Quellen aufgestellt worden ist.

Man könnte darunter doch nur einen Fall verstehen, in welchem jemand nach Inhalt seiner Erklärung über ein anderes Eigenthum verfügt, als er in seinem Innern zu verfügen wünscht.

---

[1]) Eine eingehendere Casuistik vgl. bei Zitelmann, S. 486, 527 ff. Vgl. auch Savigny, S. 269. Bruns, Pandektenfragmente, S. 269.

[2]) Vgl. Richelmann, Einfluß des Irrthumes auf Verträge, 1837, S. 104 ff. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867, S. 281 ff. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 535 ff.

[3]) Vergl. hierzu auch noch Hesse, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 57, S. 188.

Dies würde z. B. dann der Fall sein, wenn jemand sein Eigenthum an seinem Hause übertragen zu wollen erklärt, während sein Wunsch dahin geht, dasjenige an seiner Wiese zu veräußern. Hier ist der error in dominio offenbar nichts anderes als ein error in re. Beinahe ebenso verhält es sich, wenn ein Bevollmächtigter zweier Miteigenthümer aus Versehen die Quote des einen statt, wie er wollte, diejenige des anderen veräußert. Nehmen wir nun in diesem Falle auch noch die Besonderheit an, daß der eine Miteigenthümer, von dem anderen bevollmächtigt, seine eigene Quote statt derjenigen des Vollmachtgebers veräußert, so führt uns dieses Beispiel denjenigen Fall nahe, in welchem jemand aus Versehen in eigenem Namen zu contrahiren, z. B. das Eigenthum an einer Sache aus seinem Vermögen zu übertragen erklärt, während er in Wahrheit im Namen eines Mandanten zu handeln, also aus dessen Vermögen die Sache zu veräußern beabsichtigt. Ein solcher error ist nichts anderes als ein error in persona; denn es waltet zwar nicht hinsichtlich derjenigen Person, welche die Vertragsverhandlungen führt, wohl aber hinsichtlich derjenigen, welche von denselben betroffen werden soll, ein Irrthum ob.

Alle diese Irrthumsfälle, welche hiernach Besonderheiten nicht darbieten, meint man jedoch nicht, wenn man von einem error in dominio redet. Man denkt vielmehr an gewisse Fälle eines Irrthumes über das Eigenthum, d. h. darüber, wer der Eigenthümer einer bestimmten Sache ist, insbesondere an denjenigen Fall, in welchem ein Eigenthümer, seines Rechtes an der Sache unkundig, im Auftrage und Namen eines anderen, welchen er für den Eigenthümer hält, die Sache veräußert.[1]) Hier liegt

[1]) So der bekannte Auctionator, welcher bei einer ihm aufgetragenen Versteigerung von alten Kleidungsstücken seinen der Hitze wegen abgelegten Rock aus Versehen mit veräußert und tradirt hatte. Ihering, Rechtsfälle 14.

nun ein Irrthum darüber, was Vertragsinhalt sein soll, gar nicht vor. Der Vertreter erklärt, daß das Eigenthum an einer bestimmten Sache aus dem Vermögen des Mandanten in dasjenige des Dritten übergehen soll, und in demselben Sinne äußert sich dieser Dritte. Hält man sich also an die ausdrücklichen Erklärungen, so kann an der Unwirksamkeit des Actes kein Zweifel sein.

arg. lex 35. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1:[1])

> Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans[2]) rem suam umittit.

Allein der Irrthum ist es hier nicht, aus welchem die Nichtigkeit gefolgert wird, es würde vielmehr auch dann ebenso zu entscheiden sein, wenn ein Mandatar die Sache eines Dritten als diejenige des Mandanten wissentlich veräußert hätte. Dasjenige, was hier den Eigenthumserwerb hindert, ist der Umstand, daß der Mandant, in dessen Namen veräußert wird, nicht Eigenthümer ist. Niemand kann fremde Sachen veräußern, folglich kann auch niemand im Namen eines anderen Sachen, die diesem nicht gehören, übertragen. Sollten diese Sachen zufällig dem Mandatar selbst gehören, so kann dies an der Unmöglichkeit, sie aus dem Vermögen des Mandanten heraus in dasjenige eines Dritten zu übertragen, nichts ändern.

Dieser civilrechtliche Satz scheint freilich durch das prätorische Recht in seiner praktischen Consequenz im wesentlichen beseitigt zu sein; denn die lex 49. dig. mandati 17, 1, ein Lieblings-

[1]) Vgl. zu dieser Stelle Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867, S. 282, Anm. 93, und die dort Citirten.

[2]) Dies errans übersetzt man hier am besten mit: „derjenige, welcher in Folge eines Irrthumes eine eigene Sache als eine fremde behandelt".

gegenſtand neuerer Auslegungskunſt [1]) behauptet zwar nicht direkt, daß im Falle einer Veräußerung, in welcher der Vertreter ſeine Sache als fremde fortgiebt, das Eigenthum trotzdem übertragen wird, allein ſie ſpricht dem Vertreter die vindicatio ab, offenbar weil dieſer eine exceptio rei venditiae et traditae entgegenſtehe. Marcellus ſagt daſelbſt:

> Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; ..... Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam. [2])

Danach erwirbt der Mitcontrahent des Vertreters zwar nicht Eigenthum, aber doch bonae fidei possessio mit exceptio rei venditae et traditae. Dieſe Entſcheidung läßt ſich wohl nur dadurch erklären, daß der Prätor die Erklärung des veräußernden Vertreters in einem freieren Sinne auslegte, als das ſtrengere Civilrecht, weil in der Zeit eines entwickelten Verkehrslebens das Zurückgreifen auf den vermuthlichen Willen eines diligens paterfamilias zu ganz anderen Ergebniſſen führen mußte, als in der älteren Zeit, welche blos ſtillſchweigenden Conceſſionen an den Mitcontrahenten wenig Beachtung ſchenken mochte.

Im Sinne der lex 49, cit. 17, 1 ausgelegt, lautet die Er-

---

[1]) Vgl. außer den unten Citirten Huſchke im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 62, S. 332 ff., und Brinz, ebenda Bd. 63, S. 319 ff.

[2]) Daß im Pandektenlatein actio non datur und actio exceptione excluditur als gleichbedeutend gelten, folgt nicht nur aus der allerdings nicht ganz richtigen (vergl. oben §. 16) lex 112. de regulis juris 50, 17: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, ſondern namentlich aus der Ueberſchrift von digesta 44, 5: quarum rerum actio non datur in Verbindung mit dem Inhalte dieſes Titels.

klärung dessen, welcher eine fremde Sache im Auftrage des Eigenthümers fortgiebt, etwa folgendermaßen:

> Ich erkläre hierdurch, daß das Eigenthum an dieser Sache von dem Mandanten auf Dich übergehen soll. Sollte ich etwa selbst Eigenthümer sein, so sollst Du und Deine Rechtsnachfolger nicht von meiner Seite oder von derjenigen meiner Rechtsnachfolger durch Geltendmachung meines Eigenthums behelligt werden.

Daß diese letztere stillschweigende Erklärung mit der grundsätzlichen Selbsthaftung, welche das römische Recht dem Vertreter auferlegt, im Zusammenhange steht, ist mit Recht behauptet worden.[1]) Läge hierin der einzige Grund jener prätorischen Interpretation, so würde sie durch das neuere Gewohnheitsrecht, welches den Grundsatz der directen Stellvertretung aufstellt, allerdings beseitigt sein. Trotzdem meint der Verfasser, daß auch noch heutzutage die anständigeren und freieren Verkehrsanschauungen die gleiche Vertragsauslegung rechtfertigen. Es muß jedem peinlich sein, ein Geschäft aufzurufen, dessen Gültigkeit er durch sein Wort besiegelt hat, mag es immerhin auch nur in fremdem Namen abgeschlossen worden sein. Man denke sich nur in seine Lage hinein und man wird diese Empfindung begreifen. In der neueren Zeit dürfte man also nach römischem wie nach heutigem Rechte seine Erklärung dahin auslegen, daß er auf die Geltendmachung einer ihm selbst so peinlichen Rechtsausübung im voraus verzichte.[2]) Da jedoch nach römischem Rechte aus früherer Zeit

[1]) Jhering, Dogmat. Jahrbücher, Bd. II, S. 154, 176 ff., ebenso Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 536, Anm. 503.

[2]) Anerkennungen dieses feineren Rechtsgefühles sind z. B. die Entscheidungen der lex 26, §. 1. dig. de pignor. 20, 1 und der lex 32. pr. dig. de inoff. testam. 5, 2.

eine feste Civilrechtsregel vorlag, welche eine entgegengesetzte Entscheidung traf, so blieb dem Prätor nichts übrig, als dem Erwerber aus einem solchen Geschäfte statt des Eigenthums, welches er nicht verleihen durfte, wenigstens den in praktischer Hinsicht im wesentlichen gleichwerthigen [1]) durch exceptio rei venditae et traditae geschützten publicianischen Besitz zuzuwenden. [2])

Dieser prätorische Auslegungsgrundsatz mochte wohl schließlich, da sich das Volk an seine Geltung gewöhnte, auch innerhalb des neueren Civilrechtes hin und wieder angewandt worden sein. In diesem Sinne läßt sich die lex 41. dig. de rebus creditis 12, 1 [3]) erklären. In dieser ist von einem Sklaven die Rede, welchem durch seinen Herrn testamentarisch Freiheit und Miterbrecht zugewendet worden ist, und welcher, unkundig dieser Verfügungen, Erbschaftsgelder zum Darlehn weggiebt. Dieser will also Sachen, welche ihm zum Theile gehören, gänzlich, also auch zu dem ihm gehörigen Theile, als fremdes Eigenthum aus dem Vermögen seiner vermeintlichen Herren in dasjenige des Darlehnsempfängers übertragen. Nach der l. 35. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. cit. würde also die Tradition gänzlich nichtig sein, und doch bemerkt Africanus a. a. O. (l. 41. dig. 12, 1):

> quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex majore parte, quam ex qua ipse heres sit, alienatas esse.

Es wird also hier schon nach Civilrecht in dem Falle der lex 41. cit. in der Erklärung des vermeintlichen Sklaven ein Zusatz gefunden, nach welchem die Tradition für den Fall, daß

---

[1]) Vgl. über die sehr weit gehende Aehnlichkeit der Lage des durch diese Einrede Geschützten mit derjenigen eines Eigenthümers des Verfassers Ausführungen in den Dogm. Jahrb., Bd. 17, S. 183 ff.

[2]) Der Verf. glaubt daher, das in den Dogm. Jahrb., Bd. 17, S. 216, bei und in Nr. 1 Ausgeführte aufrecht erhalten zu müssen.

[3]) Vgl. Zitelmann a. a. O., S. 536. Exner, S. 282, Anm. 93.

der Veräußerer selbst Eigenthümer des Geldes sein sollte, als im eigenen Namen geschehen gelten soll. Warum gerade hier schon das Civilrecht jener freieren Auslegung Raum giebt, erklärt sich wohl am besten daraus, daß es ein besonders unredliches Verhalten sein würde, wenn ein Sklave ein Geschäft, welches ihm für seinen Herrn gut genug zu sein schien, für sich selbst nicht gelten lassen wollte.[1])

In dem gleichen Sinne läßt sich auch der Schluß einer Stelle, welche auch mit der Lehre des Irrthumes über die Eigenschaften der Person zusammenhängt,[2]) auffassen. Es ist dies die lex 3, §. 8. dig. de cond. c. d. 12, 4. (Ulpianus):

> Suptilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, acquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem.

Ein Act, welcher überhaupt keine Eigenthumsübertragung sein, sondern nur dem Eigenthümer die thatsächliche Herrschaft über seine eigene Sache zuwenden soll, kann natürlich nicht als Tradition aufgefaßt werden. Die Stelle fährt fort:

> Quid ergo si hic non heredi, sed alii dedit, cui putabat se jussum? („scilicet, testamento", vergl. das Wort jussus in §. 7 dieser Stelle). si quidem peculiares

---

[1]) Vgl. das Bd. I, S. 232 Ausgeführte. Andere Auslegungen siehe bei Exner, S. 282, Anm. 93.

[2]) So richtig Zitelmann, S. 560; denn es zahlt hier jemand, weil er irriger Weise glaubt, die Eigenschaft eines statuliber zu haben. Die Gleichgültigkeit dieser irrigen Annahme erklärt sich nach des Verfassers Theorie damit, daß die Richtigkeit ihres Inhaltes hier nicht als Geschäftsbedingung hervortrat.

dedit nec fecit accipientis (da man fremdes Eigenthum ohne Befehl des gegenwärtigen Herrn nicht veräußern kann): si autem alius pro eo dedit aut ipse dedit jam liber factus, fient accipientis.

Dieſe letztere Entſcheidung läßt ſich allenfalls dahin erklären, daß der vermeintliche statuliber, welcher zur Freiheit zu gelangen wünſcht, die Geldzahlung unter allen möglichen Bedingungen concedirt, alſo auch für den Fall, daß er ſelbſt Eigenthümer ſein ſollte, das Geld als im eigenen Namen veräußert gelten laſſen will. Freilich bliebe dieſe Auslegung immerhin eine gezwungene. Viel näher liegend iſt folgende Deutung: Einem gewiſſen Titius erklärt ein ihm unbekannter Menſch (der vermeintliche statuliber), daß ihm in dem Teſtamente des Sempronius zu Gunſten des Titius conditionis implendae causa eine Zahlung auferlegt worden ſei und er dieſelbe hiermit leiſte. Titius nimmt dieſe mortis causa capio an. Mehr zu verhandeln haben die Contrahenten keine Veranlaſſung, mehr iſt auch nach dem Inhalte der Stelle nicht verhandelt worden. Dahingeſtellt blieb alſo, aus weſſen Taſche das Geld floß, gerade wie bei unſeren Käufen auf dem Markt dahin geſtellt zu bleiben pflegt, ob die verkaufende Perſon als beauftragte Stellvertreterin oder im eigenen Namen handelt und nur zugeſichert wird, daß eine Seite dieſer Alternative vorliege, gleichviel welche. So dachte alſo auch hier der Empfänger: „Vielleicht iſt der Zahler ein Sklave, der auf Befehl aus dem Pekulium zahlt, vielleicht iſt es ein Freier, der eigenes Geld fortgiebt; da er ſich nicht darüber äußert, welche dieſer beiden Eventualitäten für den Inhalt der Vertragsnorm maßgebend ſein ſoll, ſo haftet er mir für beide und ſeine nicht erkennbaren Motive gehen mich nichts an."

Auch noch eine andere Stelle läßt ſich nur bei einer gezwungenen Auslegung für die Lehre von dem ſog. error in do-

minio verwerthen, nämlich die lex 4. pr. dig. de manum. vindicta 40, 2. (Julianus):

> Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas.

Man könnte nämlich behaupten, daß hier eine mutatio voluntatis domini darum in Abrede gestellt werde, weil die voluntas des neuen dominus an die Stelle derjenigen des gestorbenen Herrn getreten sei. Allein diese Auslegung würde sicherlich gezwungen sein. Wir wissen überdies gar nicht, ob der freilassende Sohn der einzige Intestaterbe des Vaters, also ob er alleiniger Eigenthümer des Sklaven war. Ohne also etwas in diese Stelle hineinzutragen, können wir sie nicht zu der Lehre von dem sog. error in dominio in Beziehung bringen.

M. E. sagt die Stelle nur, daß die Manumissionsvollmacht hier den Tod überdauere, weil ihr Wegfall durch dieses Ereigniß dem stellvertretenden Freilasser bei der Freilassung unbekannt war. War der Tod des Vaters dem Freigelassenen bekannt, so durfte dieser annehmen, das Geschäft erfolge im Namen des die Manumission erklärenden Sohnes oder der sonstigen Erben, war der Tod dem Freigelassenen unbekannt, so durfte dieser erwarten, daß die Vollmacht fortdauere. In diesen Erwartungen soll er nicht enttäuscht werden, sondern die ihm gewordenen Erklärungen beim Worte halten dürfen. Darin nun, daß zu seinen Gunsten die gewöhnlichen Grundsätze des Vertragsrechtes auf ein Rechtsgeschäft angewendet werden, welches sowohl als ein wohlthätiges als auch, weil es einen einseitigen und absoluten, d. h. gegen alle Rechtssubjecte gerichteten Act enthält, der allgemeinen Vertragstheorie nicht ohne Weiteres unterliegt, zeigt sich

hier die Wirksamkeit des favor libertatis. Daß dies in der That nur eine Ausnahmeentscheidung war, erhellt auch aus dem Folgenden. Es wurde nämlich dieser favor libertatis nicht analog von dem Tode des Bevollmächtigten auf den Fall des Widerrufes der Vollmacht übertragen; denn die lex 4. pr. cit. dig. de manumissis vindicta 40, 2 fährt fort:

> Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et, antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem (d. h. der in des Vaters Erklärung liegende Gedanke, welcher durch den Tod nicht berührt wird); nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.

Man nimmt gewöhnlich an,[1]) daß Julianus sich mit seiner eigenen, soeben erklärten Entscheidung in Widerspruch gesetzt habe, nämlich zufolge der lex 15, §. 1. dig. qui et a quibus 40, 9. (Paulus):

> Julianus ait, si postea, quam filio permisit pater manumittere, filius ignorans patrem decessisse, manumisit vindicta, non fieri eum liberum.

Allein jedenfalls ist der Widerspruch kein unbedingter; denn die lex 4 pr. cit. 40, 2 spricht schlechtweg von einer Freilassung, die lex 15, §. 1. dig. qui et a quibus 40, 9 von einer manumissio vindicta. Die letztere war nur ihrem Zwecke nach ein Rechtsgeschäft, nach ihrer thatsächlichen Beschaffenheit aber ein Proceß.[2]) Nun hat man es freilich mit der processualen Natur

---

[1]) So z. B. auch Zitelmann a. a. O., S. 538.

[2]) Vgl. Keller, Röm. Civilproceß, §. 24, Anm. 280. Puchta Institutionen, §. 213.

dieſer Freilaſſungsform nicht allzu ſtrenge genommen,[1]) gänzlich überſehen hat man ſie ſicherlich niemals. Da nun bei dieſer Freilaſſungsform kein anderer ſein Eigenthum an dem Sklaven verlieren konnte, als diejenige Perſon, in deren Namen der Proceß geführt war,[2]) ſo konnte der Act ſchlechterdings nicht

---

[1]) Vgl. l. 1. dig. qui et a quibus dig. 40, 9, welche, wie Huſchke zu Paulli, receptae sententia IV, 12, 2 in der jurisprudentia antejustinianea bemerkt, wahrſcheinlich von Hauſe aus von der manumissio inter amicos ſprach. Vgl. ferner l. 5, 8, 23. dig. de manum. vind. 40, 2.

[2]) In der const. 3. Cod. de vindicta libertate 7, 1 heißt es (Diocletianus et Maximianus): Nec mulierem per maritum, nec alium per procuratorem vindicta manumittere posse, non est ambigui juris. Trotzdem war es möglich, daß der Sohn im Auftrage des Vaters vindicta freiließ. arg. l. 22. dig. de manum. vind. 40, 2. Pater ex provincia ad filium sciens Romae agentem epistulam fecit, quae permisit ei, quem vellet ex servis, quos in ministerio secum hic habebat, vindicta liberare; postquam filius Stichum manumisit apud praetorem quaero, an fecerit liberum. Respondi: quare non hoc concessum credamus patri, ut permittere possit filio ex his, quos in ministerio haberet, manumittere. Solam enim electionem filio concessit, cæterum ipse manumittit (vgl. auch l. 10, 18, §. 2. dig. eod. 40, 2). Hierin eine Ausnahmebeſtimmung zu Gunſten des Sohnes zu ſehen (ſo Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeſchäften, 1882, S. 47), verbieten die unterſtrichenen Worte. Der Schluß der Stelle legt vielmehr die Vermuthung nahe, daß man die Abgabe einer von dem Auftraggeber nach ihrem Gegenſtande wenigſtens alternativ beſtimmten Freilaſſungserklärung nicht als Thätigkeit eines procurator, ſondern als einen bloßen Botendienſt anſah. Nur bei Aufträgen, bei welchen das Geſchäftsobject gänzlich unbeſtimmt war, z. B. bei einer Generalvollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens, konnte man unmöglich eine einzelne Freilaſſungserklärung als eine bloße Botſchaft des Herrn an den zuſtändigen Magiſtrat auffaſſen. Es ſcheint daher auch bei den einſeitigen Geſchäften der Unterſchied zwiſchen Bote und Stellvertreter nach römiſchem Rechte ebenſowenig verwiſcht geweſen zu ſein, wie bei Verträgen, wenn er ſich auch bei jenen nach anderen Geſichtspunkten beſtimmen mochte, als bei dieſen. Das Nähere gehört nicht hierher, vergl. Bd. I, S. 161 ff.

gelten, wenn dieſe Perſon ihr Eigenthum an ihre Erben verloren hatte; für dieſen Fall konnte ſich der Sklave keinerlei Hoffnungen machen.

Julianus ſetzt ſich alſo nicht eigentlich mit ſich in Widerſpruch, ſondern er ſpricht nur in der lex 4. pr. cit. zu allgemein, weil er nicht ſchon in dieſer Stelle das Ausnahmerecht der manumissio vindicta hervorhebt. Daß dieſes der Fall iſt, läßt ſich auf die verſchiedenſten Arten erklären. Vielleicht nahm man es auch hier mit dem Ausnahmerechte der manumissio vindicta ſo wenig genau, daß Julian es da, wo er die allgemeine Freilaſſungstheorie beſprach, einfach überging, während er es doch nicht gerade verläugnen wollte, als es ihm in einem beſonderen Falle entgegentrat. Vielleicht auch ergaben diejenigen Ausführungen, welche in Julians 42. Buche der Digeſten der als l. 4. pr. cit. 40, 2 mitgetheilten Stelle vorhergingen, daß dieſe von einer manumissio vindicta nicht ſprach; freilich ſtellten die Compilatoren ſie in den von dieſer Freilaſſung redenden Titel, doch dürfen wir in dem Tribonianiſchen Sammelwerke auf die sedes materiae kein zu großes Gewicht legen.

Neben dem bisher beſprochenen Falle, in welchem der Eigenthümer ſeine Sache als eine fremde veräußert, ſteht die durchaus parallele Lage desjenigen, welcher aus Verſehen eine fremde Sache als eigene fortgiebt. Daß hier nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, iſt zweifellos und man braucht wahrhaftig nicht auf den Irrthum des Tradenten Gewicht zu legen, um die Nichtigkeit eines Actes zu erweiſen, welcher bei einer Kenntniß der wahren Sachlage um nichts gültiger ſein würde.[1]) Bedenklich

---

[1]) Zitelmann, S. 540, 541, Anm. 512, polemiſirt mit Recht gegen die Begründung dieſer Entſcheidung aus dem Irrthum des Tradenten, da dieſelbe, wie er es nennt, aus der Nichtigkeit des Geſchäftsobjectes oder,

kann dieſe Entſcheidung nur in dem einen Falle werden, in welchem der wahre Eigenthümer der Sache zufällig derſelbe iſt, in deſſen Auftrage der Vertreter ſein vermeintliches Eigenthum tradirt, etwa weil letzterer ihm die Sache ſchuldig war und ſich nunmehr der Schuld ſtatt an den Gläubiger in deſſen Auftrage an einen Dritten entledigt. [1]) Auch hier kann dieſer Umſtand zunächſt an der Tradition nichts ändern.

arg. l. 15, §. 2. dig. de contr. emt. 18, 1. (Paulus):

> Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit. [2])

Freilich iſt auch hier die prätoriſche Auslegung der Parteierklärung weiter gegangen. [3]) Sie gewährt in ſolchen Fällen dem Erwerber der Sache den eigenthumsähnlichen Zuſtand eines durch

---

wie man noch einfacher ſagen kann, aus der mangelnden Verfügungsbefugniß des Tradenten folgt.

[1]) Daß gerade dieſer Fall als zweiter in der l. 49. dig. mandati 17, 1 vorliegt, ſcheint mir von Ihering in den Dogm. Jahrb., Bd. I, S. 306, Bd. II, S. 149—179, erwieſen zu ſein; vgl. jetzt auch Brinz, Archiv für civ. Praxis, Bd. 63, S. 319 ff., und überhaupt Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 475, Anm. 424, S. 538; vgl. auch dort S. 540.

[2]) Vergl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 539. Nach der Meinung des Verfaſſers bezieht ſich die Stelle nicht auf den Fall, in welchem der Mandant Auftrag giebt, die Sache unter allen Umſtänden, möge ſie nun dem Mandanten oder dem Mandatar gehören, zu veräußern; denn wenn der Vertreter unter Hinweiſung auf einen ſolchen Auftrag tradirt, ſo veräußert er die Sache zugleich unter der Bedingung, daß ſie dem Mandanten gehören ſollte, in deſſen Namen.

[3]) arg. l. 49. cit dig. mand. 17, 1. verbis: contra mandator si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur.

exceptio rei venditae et traditae geschützten publicianischen Besitzes. Der Prätor nimmt also an, daß ein jeder, welcher erklärt, daß in seinem Interesse und Auftrage eine nach seiner Meinung einem anderen gehörige Sache durch diesen einem Dritten tradirt werden soll, damit stillschweigend anordnet, daß die Sache zugleich für den Fall, daß sie etwa ihm gehören sollte, in seinem Namen tradirt werden solle, und ferner, daß der aus einem solchen Auftrage Tradirende dadurch erkläre, daß die Sache für den genannten Fall im Namen des Auftraggebers übergeben sein solle.[1])

Rückblickend vermögen wir also von den besprochenen beiden Fällen des sog. error in dominio festzustellen, daß bei ihnen die Nichtigkeit der Tradition mit dem in ihnen vorliegenden Irrthume nichts zu thun hat, sondern einfach daraus folgt, daß man weder im Namen eines anderen Rechte, welche diesem nicht gehören, noch im eigenen Namen fremde Rechte veräußern kann.

Man spricht auch noch in einem dritten Falle von einem error in dominio, nämlich dann, wenn jemand eine Sache veräußert, von welcher er glaubt, daß sie ihm nicht gehört.[2]) Ist dieser Glaube dem Empfänger der Sache erkennbar, so kann von einer ernstlichen Traditionserklärung überhaupt nicht die Rede sein. In dem entgegengesetzten Falle müssen diejenigen, welche stets auf den inneren Willen sehen, hier die Tradition für nichtig halten;[3]) da es jedoch klar ist, daß diese Ansicht hier dahin

---

[1]) Ohne Zweifel muß der Trabent sich diese Auslegung dann gefallen lassen, wenn er absichtlich seine Sache im Namen eines anderen veräußert hat. arg. l. 10, §. 1 dig. de curatoribus furioso 27, 10. Ulpianus: Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium transferre.

[2]) So Zitelmann, S. 541.

[3]) So in der That Richelmann, Einfluß des Irrthums, S. 105 und 117, und Zitelmann, S. 542.

führen müßte, dem Tradenten das Recht der Berufung auf seine eigene Betrügerei zu seinem Vortheile zuzusprechen, so suchen selbst Vertreter dieser Lehre sie dadurch beinahe illusorisch zu machen, daß sie dem Empfänger der Sache publicianischen Besitz mit exceptio rei venditae et traditae zusprechen.[1]) Nach des Verfassers Theorie bedarf es eines solchen kunstvollen Ausweges nicht. Sie führt hier zur Gültigkeit der Tradition.[2]) Daß es hier nicht, wie man behauptet hat, auf §. 40. inst. de rerum divisione 2, 1:

> Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

ankommen kann, folgt aus dem schon mehrfach hervorgehobenen Argumente, daß aus der rechtlich anerkannten Wirksamkeit des Traditionswillens, selbst dann, wenn man sie auf den inneren Willen bezieht, keineswegs die Unwirksamkeit aller Traditionserklärungen ohne diesen inneren Willen folgt.[3]) Was ferner die lex 12. dig. de usufr. quemadm. 7, 9. (Ulpianus) betrifft,

> Si igitur tradita (vasa) sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri ejus qui accepit,

so spricht sie mit keinem Worte von einer die Tradition begleitenden Eigenthumsübertragungs-Erklärung, gehört also nicht hierher.

Mit dem allgemeinen Satze der lex 35. dig. de acquir. rerum dom. 41, 1: Nemo errans rem suam amittit[4]) läßt sich hier freilich nicht viel anfangen; denn es unterliegt keinem Zweifel,

---

[1]) So Zitelmann, S. 543.

[2]) Eine solche nimmt auch Exner, S. 283, an.

[3]) Vgl. oben Bd. I, S. 114.

[4]) Vgl. Zitelmann, S. 542.

daß er, aus dem Zusammenhange gerissen, sicherlich falsch ist, da es bei Traditionen wie bei anderen Geschäften auch unwesentliche Irrthümer giebt. Man ist also ausnahmslos darüber einig, daß jener allgemeine Satz nicht zur Begründung der römischen Irrthumslehre verwerthbar ist, sondern vielmehr einer Einschränkung durch die aus anderen Quellenstellen ermittelten Grundsätze bedarf. Daß endlich die Analogie des Legates einer fremden Sache hier kaum verwerthbar ist, ist mit Recht hervorgehoben worden.[1])

Wegen der schon oben wiederholt geltend gemachten juristischen Verschiedenheit zwischen Vertragserklärungen und Manumissionen ist die lex 4, §. 1. dig. de manum. vindicta 40, 2 hier nicht unmittelbar verwerthbar. Julianus bemerkt daselbst:

> Quotiens dominus servum manumittat, quamvis, existimet, alienum esse eum, nihilo minus verum est, voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit.

Immerhin aber darf man wohl behaupten, daß, wenn selbst der Freilasser ohne Rücksicht auf seine nicht erkennbaren Hintergedanken zu seinem Worte stehen mußte, dieses um so mehr bei Verträgen gelten muß. Daß in der citirten Stelle blos von einem Hintergedanken die Rede ist, ergiebt sich daraus, daß man dann schlechterdings nicht von einem manumittere, sondern nur

---

[1]) Von Zitelmann, S. 544, vgl. auch ebenda S. 545, Anm. 524. Nach der Meinung des Verfassers muß, wenn ich eine eigene Sache legire, sie für eine fremde haltend, im Zweifel eine dingliche Legatswirkung eintreten; denn bei dem Legate, wie bei anderen Geschäften, vergegenwärtigt sich die Partei nicht den juristischen Namen einer von ihr angestrebten Rechtswirkung. Sie will jedoch dem Bedachten die Sache deshalb unter möglichst ausgedehntem Rechtsschutze zuwenden, weil sie dadurch den angestrebten Wohlthätigkeitszweck im vollsten Maße erreicht. Vergl. Bd. I, S. 242 ff. Exner, S. 283, Anm. 95, beruft sich bei Traditionen auf die Analogie des §. 11 inst. de legatis 2, 20.

von einem Scherze reden kann, wenn jemand erklärt, daß er zwar nicht Eigenthümer dieses Sklaven sei, aber denselben dennoch freilasse.

Daß es auf die inneren Meinungen des Sklaven bei der Freilassung nicht ankam, folgt schon daraus, daß der Sklave bei diesem Acte nur als Object in Betracht kommt und nichts mitzureden hat. So erklärt sich der weitere Inhalt der lex 4, §. 1. dig. de manum. vindicta 40, 2:

> et ex contrario, si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere. plus enim in re est, quam in existimatione et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum esse. Idemque juris est, et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum, nec hic se servum ejus putaret.

Daß hier auch nicht einmal der beiderseitige Irrthum die Manumission hemmt, würde sich, falls man wirklich die Analogie der Verträge und Manumissionen nicht abweisen will, schon daraus erklären, daß, wie wir oben sahen, nicht schon der beiderseitige Irrthum den Vertrag entkräftet, sondern nur der beiderseitige Irrthum über einen beiderseits als unerläßliche Vorbedingung des Geschäftes angesehenen Umstand (vgl. §. 21).

Wir dürfen aber hier noch einen wichtigen Punkt nicht übersehen: Falls jemand, zu dessen Gunsten ein anderer auf sein Eigenthum verzichtet, glaubt, der Verzichtende sei gar nicht Eigenthümer, so schließt dieses seinen Erwerbswillen nicht aus;[1]) denn

[1]) Vgl. hierüber Zitelmann, S. 546, welcher hier zwar mit seiner Lehre vom „unbestimmten Geschäftswillen" operirt, jedoch zu einem sachlich durchaus richtigen Resultate gelangt. Vgl. auch noch die dort citirte l. 10, §. 1. dig. de cur. fur. 27, 10 und dazu oben S. 488, Anm. 1.

ein diligens paterfamilias ſagt ſich in ſolchem Falle, daß er für die niemals gänzlich ausgeſchloſſene Möglichkeit, daß der Tradent doch vielleicht ſelber der Eigenthümer ſein ſollte, ſicherlich nicht auf den Eigenthumserwerb verzichten wolle.

arg. l. 9, §. 4. dig. de juris et facti ign. 22, 6. (Paulus):

> Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis[1]): et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.[2])

Wir ſind alſo zu dem Ergebniſſe gelangt, daß der ſog. error in dominio eine Irrthumskategorie bildet, welche in den Quellen nicht anerkannt, im Widerſpruche mit den Geſetzen der lateiniſchen Sprache benannt und der großen Mehrheit unſeres Juriſtenſtandes nicht geläufig iſt. Sie umfaßt eine Reihe von Quellenentſcheidungen, welche theils mit der Irrthumslehre gar nichts zu thun haben, theils aus deren allgemeinen Grundſätzen wohl erklärbar ſind. Es iſt wohl zu erwarten, daß die Mehrheit der Juriſten auch fernerhin an ihrer Entbehrlichkeit nicht zweifeln wird.[3])

---

[1]) Auch der wegen ſeiner Allgemeinheit, welche wohl durch die Ungeſchicklichkeit der Kompilatoren verſchuldet iſt, berüchtigte Satz der lex 7 dig. de juris et facta ignorantia 22, 6. (Papinianus): Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet will wahrſcheinlich nichts anderes beſagen, als daß ein Vindicant ſich auf eine durch Rechtsirrthum erzeugte bona fides zum Nachweiſe einer Uſucapion nicht berufen darf, dafür aber auch ſich nicht gefallen zu laſſen braucht, daß ihm ſeine auf Rechtsirrthum beruhende mala fides vorgeworfen wird, vermöge deren er ſich nicht für den Eigenthümer hält, obwohl er es in Wahrheit iſt.

[2]) Vgl. Exner, Tradition, S. 283, Anm. 97.

[3]) Vergl. auch das über dieſe Kategorie von Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeſchäft, S. 548, Bemerkte.

§. 29.

Der Irrthum der Hilfspersonen bei dem Vertragsabschlusse.[1])

Wenn diejenigen Personen, welche von den Wirkungen des Vertragsschlusses betroffen werden sollen, die Verhandlungen nicht lediglich selbst führen, sondern bei dem Abschlusse des Contractes andere Personen als Ueberbringer ihrer Erklärungen (Boten), als Stellvertreter oder als Verfasser der lex contractus, welcher sie sich unterwerfen, mitzuziehen, so kann die Frage entstehen, ob etwaige Irrthümer solcher Hilfspersonen in Betracht kommen und wie weit. Diese Frage kann hier nicht gänzlich umgangen werden. Sie hängt vielmehr mit den oben entwickelten Grundlehren des Vertragsrechtes zusammen und die Richtigkeit dieser letzteren Sätze würde zweifelhaft bleiben, wenn nicht wenigstens ihr Zusammenhang mit der Lehre von dem Irrthume der Stellvertreter und anderer Hilfspersonen untersucht und dabei ihre Anwendbarkeit auch auf dieses Rechtsgebiet einer Feuerprobe unterstellt würde.

Für gewöhnlich pflegt man die Frage nach dem Irrthume der Hilfspersonen nur hinsichtlich der Stellvertreter aufzuwerfen. Andererseits stellt man diese Frage dort so allgemein, daß sie über die Irrthumslehre hinausgreift. Man fragt nämlich nicht blos nach der Bedeutung des Irrthumes eines Stellvertreters, sondern überhaupt nach der Bedeutung seiner Seelenzustände, indem man wissen will, ob überhaupt überall da, wo es auf Zustände des Bewußtseins eines Contrahenten ankommt, um Existenz und Umfang der Wirksamkeit eines Vertragsschlusses festzustellen,

---

[1]) Vgl. hierüber neuerdings Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882, S. 155 ff. und die dort Citirten.

bei den durch Vertreter geführten Vertragsverhandlungen nach dem Zustande der Seele des Principals oder nach demjenigen der Seele des Vertreters geurtheilt werden soll.

Ein solches Urtheilen nach Zuständen des Bewußtseins oder nach ihrem Abbilde in der Außenwelt kommt aber innerhalb des römischen Rechtes nicht blos da in Frage, wo aus einem Irrthume die Nichtigkeit eines Vertrages gefolgert werden soll, sondern auch bei einer Reihe ganz anderer Materien. So z. B. bei der Frage, ob bei den durch einen Stellvertreter gekauften und mit heimlichen Mängeln behafteten Sachen die ädilicischen Klagen fortfallen, falls der Vertreter, nicht aber der Prinzipal die Mängel kennt, und umgekehrt.[1]) Oder auch bei der Frage nach der Bedeutung, welche es hat, wenn ein kaufender Vertreter die Freiheit eines Menschen, welcher sich betrüglicher Weise als Sklaven verkaufen läßt, kennt[2]) und folglich seinen Herrn mitbetrügt.[3])

Gewöhnlich zweifelt man nicht daran, daß in allen diesen Fällen insoweit ein durchgreifendes Princip gelten soll, als es in dem einen oder dem anderen in gleicher Weise und im gleichen Umfange auf die Kenntniß des Stellvertreters neben derjenigen des Principals oder statt derselben ankommen müsse.

---

[1]) l. 51. pr. dig. de aedilicio edicto 21, 1.

[2]) Eine solche Kenntniß seitens des Käufers einer derartigen Person raubt diesem die ihm sonst unter gewissen Bedingungen zustehende Klage auf das Doppelte des Preises. l. 16, §. 3. l. 18. pr. dig. de liberali causa 40, 12.

[3]) Diese Consequenz ist unvermeidlich. Wer auf Kosten eines anderen eine völlig werthlose Sache — das ist ein in libertatem vindicirbarer Mensch — kauft, muß diesen anderen betrügen wollen. Nicht nöthig ist dagegen, auch nicht im Falle der lex 17. eod. 40, 12, daß ein solcher procurator sich mit dem Verkauften in einem betrüglichen Einverständnisse befindet. Er kann dem scheinbaren Sklaven gegenüber seine Kenntniß von der wahren Sachlage verheimlichen und den Kauf aus Bosheit gegen seinen Herrn abschließen.

Dieſe Annahme, daß die genannten Fälle durchaus in gleicher Art behandelt werden müſſen, hält der Verfaſſer für eine petitio principii und zwar für eine ſolche, welche den Schein der Wahrheit nicht für ſich hat. Dasjenige, was alle dieſe verſchiedenen juriſtiſchen Materien unter einander verbindet, iſt ein durchaus unjuriſtiſcher Umſtand, eine zufällige Aehnlichkeit, auf welche es bei ihrer rechtlichen Behandlung nicht ankommen kann, nämlich nur der Thatbeſtand eines durch einen Vertreter abgeſchloſſenen Vertrages, bei welchem die Frage aufgeworfen wird, ob ſeitens des Vertreters die Kenntniß einer Thatſache vorliegt. Die Thatſache aber, um deren Kenntniß es ſich handelt, iſt in jedem dieſer Fälle eine völlig andere und, was das Entſcheidende für die Handhabung einer jeden Analogie iſt,[1]) die Ziele des objectiven Rechtes, um deren willen es auf jene Kenntniß Gewicht legt, iſt in dieſen Fällen eine durchaus verſchiedene. Leider muß ſich unſere dogmatiſche Thätigkeit, wenn ſie die Einzelentſcheidungen der Quellen zur Bildung allgemeiner Sätze zuſammenfaßt, ſtets zwiſchen Scylla und Charybdis vorwärts bewegen. Entweder geräth ſie in eine ungenügende Caſuiſtik oder in ungebührliche Verallgemeinerungen. Das erſtere geſchah inſofern, als man die üblichen Kategorieen des error in persona, in re u. ſ. w. aufſtellte, unkundig des allgemeinen Gedankens, welcher den einzelnen Quellenbeiſpielen zu Grunde lag. Das letztere geſchieht hier, indem man dasjenige, was die lex 12. dig. de contrah. emptione 18, 1 ausdrücklich (verbis: in hujusmodi quaestionibus) nur für die Lehre von der Weſentlichkeit eines Irrthumes ausſpricht, ganz allgemein auf alle Bewußtſeinszuſtände von rechtlicher Bedeutung anwenden zu müſſen glaubte.

Nur, um mit Ulpian zu reden, die utilitas ad quam lege

[1]) l. 13. dig. de legibus 1, 3.

introducta tendunt wird uns hier der Leitſtern für eine nähere Unterſcheidung ſein, wie ſie es früher für eine gebührende Verallgemeinerung geweſen iſt.

Wir ſtellen daher zunächſt nur die Frage:

In wie weit kann aus dem Irrthume einer Hülfsperſon bei dem Vertragsſchluſſe deſſen Nichtigkeit gefolgert werden?

Unter den Hülfsperſonen ſei zunächſt des Boten gedacht. Dieſer kann in mehrfacher Weiſe durch ſeinen Irrthum einen Einfluß auf die Vertragsverhandlungen ausüben. Ueberbringt er eine ſchriftlich oder durch äußere Zeichen fixirte Erklärung an die richtige Adreſſe, ſo ſind ſeine Irrthümer gleichgültig. Denkbar wäre höchſtens, daß er aus Verſehen einen ergänzenden Theil der Erklärung, z. B. eine der Beilagen der Vertragsofferte, auf welche dieſe verweiſt, nicht mitüberliefert und dadurch den Sinn der Erklärung trübt. Noch verhängnißvoller kann ſein Irrthum dann werden, wenn ihm die Erklärung zwar in ſchriftlich fixirter Form überliefert, dabei aber die Befugniß oder der Auftrag ertheilt worden iſt, ſie behufs weiterer Mittheilung abzuleſen oder abzuſchreiben und hierbei eine Entſtellung ihres Inhaltes vorfällt. Dahin iſt auch die vielbeſprochene Entſtellung von Telegrammen zu rechnen. Allein auch derjenige Fall gehört hierher, in welchem dem Boten eine Erklärung mündlich anvertraut wird, damit er ſie ſpäter dem Adreſſaten gegenüber wörtlich wiederhole.[1]) Hier wird der Wortlaut der Erklärung dem Gedächtniſſe des Boten überliefert, um bei dem Adreſſaten wieder aus dieſem Gedächtniſſe hervorzutauchen und durch den Boten von der Oberfläche ſeines

[1]) So z. B. wenn jemand im Auslande von ſeinem Diener, welcher die Sprache des Landes nicht kennt, einen Auftrag an einen Kaufmann wörtlich auswendig lernen läßt, damit dieſer den Wortlaut dem Kaufmanne mittheile.

Bewußtseins in einer dem Adreſſaten erkennbaren Weiſe abgeleſen zu werden. Werden die Worte innerhalb des Gedächtniſſes des Boten entſtellt, ſo iſt dies ebenſo wie vorher nur eine Folge der Unvollkommenheit des von dem Abſender gewählten Beförderungsapparates. Das Gleiche gilt aber auch von dem häufigſten Falle des Botendienſtes, bei welchem der Bote nicht geradezu verpflichtet iſt, die ihm mitgetheilten Worte der Beſtellung getreu zu bewahren und in ſeiner Erklärung vor dem Adreſſaten genau abzuſpiegeln, ſondern in welchem es dem Abſender nur darauf ankommt, daß der in die Worte des Auftrages eingekleidete Gedanke ſinngetreu von dem Abgeſandten feſtgehalten wird und es dieſem überlaſſen bleibt, bei der Abgabe der Erklärung an den Adreſſaten nach eigenem Ermeſſen für jenen Gedanken paſſende Worte zu ſuchen.[1]) Der Bote hat hier allerdings gewiſſermaßen das Recht einer grammatikaliſchen Transſubſtantiation des ihm anvertrauten Gedankens. Und dennoch iſt er nur ein Bote. Seine Selbſtthätigkeit iſt nur eine ſprachliche, formulirende, keine juriſtiſche, producirende. Den Gedanken, welcher ſchließlich in ſeiner Erklärung ſteckt, hat er nicht erzeugt, ſondern befördert. Nur ſeiner äußeren Beſchaffenheit nach hat er ihn neu verarbeitet. Iſt der Gedanke dabei entſtellt worden, ſo geſchah es auch hier durch die mangelhafte Beſchaffenheit des von dem Abſender gewählten Beförderungswerkzeuges.

Daß in allen dieſen Fällen irrthümliche Entſtellungen der Erklärung, welche dem Adreſſaten nicht erkennbar waren, von dem

---

[1]) Nur in dieſem Falle hat der Adreſſat bei der Auslegung der Worte auf den vermuthlichen Sprachgebrauch des Boten, nicht auf denjenigen des Abſenders zu ſehen (vgl. §. 68 Preuß. Allgem. Landrecht, Th. I, Tit. 4), nicht aber in jenem erſten Falle, in welchem der Bote die Beſtellung gleich einem abgerichteten Papagei mittheilt.

Absender nicht geltend gemacht werden können, folgt aus dem in §. 2 über den Begriff des consensus Ausgeführten.

Von dem Boten unterschieden wir schon oben eine andere Hilfsperson, deren unberechtigte Identificirung mit dem Stellvertreter der Klarheit der Stellvertretungslehre einen empfindlichen Abbruch gethan hat. Es ist dies der Verfasser der lex contractus für einen anderen. Wir sahen oben (§ 7), daß der Stellvertreter und der Verfasser der lex contractus sehr häufig in einer Person auftreten, daß es sich aber dabei stets um zwei verschiedene Funktionen handelt, welche durchaus nicht in einer Person vereinigt zu sein brauchen. Es kann ein Stellvertreter im Namen seines Principals, ebenso wie dieser selber, eine von einem Dritten verfaßte Vertragsnorm unterzeichnen, dieser Dritte kann der Mitcontrahent des Stellvertreters sein oder auch eine sonstige Persönlichkeit, welche sich für beide Contrahenten den Vertragsinhalt ausdenkt.[1]) Dann ist der Stellvertreter eine neben dem fremden Verfasser der Vertragsnorm stehende Person. Wir sahen aber schon oben, daß solche dritte Verfasser von Verträgen auch in Fällen vorkommen, in welchen von einer Stellvertretung nicht die Rede sein kann. So z. B., wenn eine Frau von ihrem Manne einen Miethsvertrag entwerfen läßt und ihn selbst dem Vermiether gegenüber unterschreibt.

Nicht blos bei Stellvertretern, sondern auch in diesen letztgenannten Fällen wirft sich die Frage auf, welche man in der Regel nur bei Stellvertretern stellt, ob etwaige Irrthümer der Hilfsperson in Betracht kommen. Die Beantwortung dieser Frage ist dann keine schwere, wenn man sich die hier vorliegenden Er-

[1]) Schon oben ward hervorgehoben, daß in der Regel ein Theil der Vertragsnorm von dem einen, ein anderer von dem anderen Contrahenten producirt wird, bis endlich eine thatsächlich ausführbare Vertragsnorm, der sich der Offerent unterwirft, vorliegt. Vergl. § 254. Pr. Allg. Landrecht I, 5.

klärungen der an den Vertragsverhandlungen Betheiligten nach ihrem Inhalte zergliedert. Der Mitcontrahent desjenigen, welchem ein Dritter die Vertragsnorm redigirt, sieht sich zwei Erklärungen gegenüber: derjenigen des dritten Verfassers der lex contractus und derjenigen des Hauptcontrahenten. Ersterer erklärt: „Dieses soll für den Hauptcontrahenten gelten," letzterer: „Ich erkenne dasjenige, was der Dritte für mich gelten lassen will, als maßgebend an." Jede dieser beiden Erklärungen muß nun für sich interpretirt werden und jede aus der Seele desjenigen, welcher sie abgegeben hat. So muß nach dem Sprachgebrauche des Hauptcontrahenten festgestellt werden, ob er sich der lex contractus blindlings oder nur bedingungsweise unterwerfen will. Will er sich z. B. der Vertragsurkunde in erkennbarer Weise nur unter der Bedingung unterwerfen, daß sie von seinem Rechtsanwalte oder seinem Nachlaßrichter verfaßt ist, so gilt der Vertrag nicht, falls sie von einem anderen herrührt. Die Frage dagegen, welche Vertragswirkungen der Verfasser der Urkunde seinem Schützlinge zuwendet, kann nur aus des ersteren Seele beurtheilt werden. Gebraucht er z. B. als Jurist technische Ausdrücke, wie laesio enormis, in diem addictio u. dergl., welche der Hauptcontrahent nicht versteht, so kommt eben alles darauf an, was er, der Jurist, darunter verstand. Fügte er dem Vertrage eine stillschweigende Bedingung ein, so gilt diese, selbst wenn sie in der Seele des Hauptcontrahenten nicht zum Bewußtsein kam. Kauft sich jemand z. B. in der Apotheke einen Trank auf Grund eines ihm unverständlichen ärztlichen Rezepts, so ist es der Arzt, welcher die lex contractus mitredigirt hat; denn der Inhalt des von ihm Niedergeschriebenen wurde durch Verweisung auf das Rezept für den Vertrag als maßgebend erklärt. Nach der Seele des Arztes ist es daher zu beurtheilen, ob und wie weit der bestellte Trank den Bedingungen entspricht, unter denen er allein gekauft sein sollte.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß dieſe Grundſätze auch dann gelten müſſen, wenn der Stellvertreter der Verfaſſer der lex contractus iſt. Auch hier muß die Erklärung, was Vertragsinhalt und Vertragsbedingung ſein ſoll, nach der Seele des Vertreters beurtheilt werden, die Erklärung des Vertretenen aber, daß er das vom Stellvertreter Erklärte für ſich gelten laſſe, nach der Seele des Vertretenen, natürlich ſo, wie ſich der Inhalt des Seelenzuſtandes beider dem Mitcontrahenten im Augenblicke des Contractes darſtellte.

arg. l. 12. dig. de contrah. emptione 18, 1. (Pomponius).

> In hujusmodi autem quaestionibus persona ementium et vendentium spectari, non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio: nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit.

Dieſe Erklärung, daß ſich der Principal dem vom Stellvertreter Feſtgeſetzten im voraus unterwerfe, liegt, wie man neuerdings wohl allgemein annimmt, in der Vollmacht.[1])

Nur überſehe man nicht, daß die Vollmachtserklärung ſeitens

---

[1]) Hinſichtlich der Vollmacht iſt der Vertreter bloßer Bote (Bd. 2, S. 356, Anm. 4.). Ueberſchreitet er ſie wiſſentlich, ſo kann der Principal nicht haften; denn wenn der Dritte ſich nicht näher nach der Vollmacht erkundigt hat, ſo riskirt er deren Mangel, hat aber der Bote eine zu weit gehende Vollmachtserklärung wiſſentlich dem Dritten vorgeſpiegelt, ſo iſt das Vorgeſpiegelte nicht eine von dem Principal mittelbar verurſachte und zu verantwortende Aeußerung, ſondern das Ergebniß eines ſelbſtändigen Willensactes des Boten und kann den Principal nichts angehen. Der Bote haftet dann aus ſeinem dolus. Hat der Bote aber fahrläſſiger Weiſe eine weitere Vollmacht, als ſie ihm ertheilt war, dem Dritten gegenüber beſtellt, ſo haftet m. E. der Principal, da er ſich für die Beförderung des jussus eines ungeeigneten Werkzeuges bedient hat.

des Principals an den Dritten noch ein Zweites enthält, nicht bloß die Unterwerfung unter das von dem Vertreter zu Erklärende, sondern auch dessen Befugniß, die Gegenerklärung mit einer für den Gegenerklärenden definitiv verbindlichen Kraft anzunehmen. Auch in dieser Hinsicht ist die Vollmacht aus der Seele des Vollmachtgebers auszulegen und der Vertreter dann, wenn sie nicht direct an den Dritten geht, sondern durch den Vertreter übermittelt ist, hinsichtlich derselben als Bote zu behandeln. Ist daher die Vollmacht in Folge eines Irrthumes ertheilt, jedoch nur unter gewissen erkennbaren Bedingungen, die unmögliche sind, z. B. unter der Bedingung, daß der mit dem Ueberbringen der Vollmacht Beauftragte der Agent X, wie der Vollmachtgeber glaubte, und nicht, wie es wirklich der Fall ist, der Agent Y sei, so folgt aus diesem Irrthume indirekt eine Nichtigkeit der Vollmacht und des auf Grund derselben geschlossenen Vertrages.

Etwas complicirter ist der Fall, in welchem der Vertreter eine von einem anderen verfertigte Vertragsnorm namens seines Herrn gutheißt, z. B. wenn der Generalbevollmächtigte eines Herrn mit dessen Bruder eine Erbschaftstheilung, deren Inhalt im Auftrage beider von einem Nachlaßrichter entworfen worden ist, namens seines Herrn unterschreibt. Die Frage, was Vertragsinhalt ist, beantwortet sich hier aus der Seele des Nachlaßrichters, die Frage, ob es nach dem Willen des Vertreters für den Herrn gelten soll, aus der Seele des Vertreters, die Frage, ob der Vertreter zu dem Abschlusse befugt war, aus derjenigen des Herrn, überall aber braucht der Mitcontrahent, d. i. der Bruder, nur auf dasjenige Rücksicht zu nehmen, was ihm gegenüber erkennbar hervortrat. So ist der Vertrag z. B. wegen Dissenses nichtig, wenn der Nachlaßrichter die Erbschaft einer Tante getheilt hat, während aus den Erklärungen des Bruders hervorging, daß er über die Erbschaft eines gleichfalls verstorbenen Onkels contrahiren wollte,

und zwar auch dann, wenn selbst der Vertreter den Irrthum des Bruders theilte, aber dasjenige gelten lassen wollte, was der Nachlaßrichter erklärt hatte. Nichtig ist der Vertrag selbst bei einer Harmonie der Erklärungen des Nachlaßrichters und des Bruders dann, wenn der Vertreter in erkennbarer Weise nur unter der Bedingung zustimmt, daß von der Erbschaft der Tante die Rede sei, während Nachlaßrichter und Bruder über die Erbschaft des Onkels verhandelten. Nichtig ist aber der Vertrag selbst bei einer Uebereinstimmung des Nachlaßrichters, Vertreters und Bruders darüber, daß die Erbschaft der Tante getheilt sein sollte, wenn die Vollmacht des Vertreters sich in erkennbarer Weise nur auf die Erbschaft des Onkels bezog. Gleichgiltig ist jedoch ein Dissens zwischen dem Bruder und dem Nachlaßrichter dann, wenn der Vertreter (oder der Herr selbst) und der Bruder darüber einig geworden sind, daß das Verabredete hinsichtlich der Erbschaft des Onkels gelten solle, während der Nachlaßrichter an die Erbschaft der Tante dachte; denn die Parteien sind nicht gezwungen, hier die Hilfsperson über ihren Irrthum aufzuklären. Ueberhaupt gilt der Satz, daß wenn der Principal und der Dritte über den Kopf der Hilfsperson weg einig werden, d. h. übereinstimmende Erklärungen abgeben, die Hilfsperson nicht weiter beachtet wird; denn sie kommt ja nur des Principals wegen in Betracht, und wo dieser selbst ihr die Rolle des Vertragsschließenden abnimmt, so gilt für sie der Satz: „cedo majori“, gerade so, wie im byzantinischen Reiche das Kommando des vicarius aufhörte, sobald der Präfekt es ihm abnahm. So z. B. wenn der Dritte den Vertreter in ein Grundstück einweist, dieser in ein falsches, der Principal aber in das richtige geht.[1]) Alle Irrthümer des Vertreters oder des fremden Verfassers der

[1]) arg. l. 34 §. 1. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. vergl oben Bd. 2. S. 401, Anm. 1. Uebersetzt man errare hier mit „sich irren“, so ist übri-

Vertragsnorm ſind überhaupt dann unerheblich, wenn die Erklärung trotzdem den Wünſchen des Principals im Augenblicke des Vertragsſchluſſes entſpricht; denn dieſe Wünſche ſind der eigentliche Leitſtern für das Verhalten des Vertreters.

Wir ſehen alſo, daß die Lehre, welche nur bei Specialvollmachten auf die Gedanken des Principals ſieht,[1]) jedenfalls mit der Einſchränkung richtig iſt, daß zwar alle Vollmachten, ſpezielle und generelle, aus der Seele des Principals ausgelegt werden, daß aber natürlich, je mehr Bedingungen und Einzelbeſtimmungen in der Vollmacht erwähnt ſind, dieſe Berückſichtigung der Meinung des Principals deſto ausgedehnter ſein. Hat der Principal die lex contractus gänzlich oder theilweiſe verfertigt und es dem Vertreter überlaſſen, ſie nach ſeinem Gutbefinden in ſeinem Namen zu ſanctioniren, ſo muß ſeine Erklärung als diejenige des Verfaſſers der Vertragsnorm natürlich um ſo mehr in Betracht kommen, als er dieſe letztere Rolle mit derjenigen des Principals in einer Perſon vereinigt.

Trotz des im Anfange des Paragraphen Geſagten ſoll doch noch die Lehre erörtert werden, in wie weit bei einer Kenntniß

---

gens die Stelle keineswegs unerklärlich. Es hat dann der Principal dem Stellvertreter die Entgegennahme des fundus Cornelianus aufgetragen, der Trabent hat den Vertreter in denſelben fundus eingewieſen und der Eingewieſene iſt auch wirklich dahin gegangen, nur bildete er ſich durchweg ein, daß es ſich um den fundus Sempronianus handelte. Wenn dies für gleichgiltig erklärt wird, ſo iſt das keine Singularität, ſondern ein Ausdruck des Grundſatzes: Ein Principal kann irrthümliche Erklärungen des Vertreters dann niemals anfechten, wenn ihr Inhalt demjenigen entſpricht, was er, der Principal, durch den Vertragsſchluß erreichen wollte.

[1]) So zuletzt Hellmann a. a. O. S. 157 und die dort Citirten, namentlich Dernburg, Heidelb. krit. Ztſchr. Bd. I S. 19 ff. und Windſcheid, Pand. §. 73. n. 19.

heimlicher Mängel ſeitens des Vertreters ein über die mangelhaften Sachen abgeſchloſſener Kauf angefochten werden kann, damit die übliche Analogie zwiſchen dieſer Lehre und der bisher erörterten in die richtigen Grenzen eingeſchloſſen werde. Eine gewiſſe Aehnlichkeit liegt allerdings vor. Wir ſahen oben (§. 26), daß die Schutzmittel des ädiliciſchen Ediktes mit der Berufung auf Nichtigkeit des Geſchäftes wegen fehlender verabredeter Eigenſchaften eine gewiſſe Aehnlichkeit haben, wenn auch dieſe beiden Arten der Rechtshilfe in verſchiedenen Fällen Platz greifen. Sie dienen zum Schutze gegen Enttäuſchungen, können alſo da nicht Statt finden, wo der Geſchädigte den Mangel der Sache kannte, ſich alſo über dieſelben nicht beſchweren kann.

In dieſem Sinne iſt zu erklären die lex 13 dig. de contrah. emptione 18, 1. (Pomponius):

> Sed si servo meo, vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est.

Es wird hier etwa nicht ein Fall vorausgeſetzt, in welchem der dominus blos weiß, daß der Menſch ein fugitivus iſt, ohne zu ahnen, daß gerade dieſes Individuum ſeinem Vertreter verkauft wird, ſondern man muß das sciens fugitivum ergänzen in „sciens fugitivum vendi“ (nicht in „fugitivum esse“); d. h. der Principal weiß es, daß der gekaufte Menſch ein fugitivus iſt und widerſpricht nicht; er will alſo offenbar den Sklaven trotz deſſen haben, wahrſcheinlich um ihn deſſen wahrem Herren vorzuenthalten.[1])

---

[1]) Die l. 13 cit. nöthigt keineswegs, wie Hellmann a. a. O. S. 159 in Anlehnung an die Gloſſe will, in die l. 12, eod. 18, 1. die Worte sed prohibere non valente einzuſchieben. Ob in dem Falle der lex 12 der Principal den Vertrag des Vertreters hindern konnte, iſt gleichgiltig; nichts zwingt ihn darauf hinzuhören, was ſein Vertreter verabredet. Ueberhaupt giebt die l. 12 nur an, in welcher Weiſe der Inhalt der Abrede eines

Genau so verhält es sich mit den ädiliciſchen Rechtsmitteln. Wußte der Principal ſchon vorher, daß gerade die ihm als mangelhaft bekannte Sache für ihn gekauft werden ſollte,[1]) ſo kann er ſich über den Mangel nicht beſchweren, falls er es unterließ, den Vertreter zu warnen, oder ſogar ihn ausdrücklich zu dem Kaufe beauftragte. Bemißt der Vertreter aus Unkenntniß des Mangels den Kaufpreis zu hoch, ſo muß der Principal dieſen Schaden als einen von ihm verſchuldeten tragen. Kauft dagegen der Vertreter einen Gegenſtand, ohne deſſen Mangel zu kennen, z. B. ein Pferd, das ſein Principal als Thierarzt kurz vorher behandelt hatte, ſo iſt der Kauf auch dann anfechtbar, wenn der Principal zufälliger Weiſe den Mangel kennt, es aber vorher nicht wußte, daß gerade dieſes mangelhafte Objekt ſeinem Vertreter in die Hände fallen werde. Hier beruft ſich der Principal durchaus nicht auf einen Schaden, welchen er vorherſehen und abwenden konnte. Dieſes iſt anerkannt in der lex 51. p. dig. de aedilicio ed. 21, 1. (Africanus):

> Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit, et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est, servum cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum ejusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet; sed si servus mandatu domini hominem emerit,

---

Stellvertreters zu beſtimmen iſt, während die l. 13 einen Fall beſpricht, in welchem jemand ſich ausnahmsweiſe nicht auf die Abrede berufen kann, ohne dabei doloſe zu verfahren.

[1]) Man denke an einen Thierarzt, welcher ein von ihm behandeltes Pferd durch einen Vertreter für ſich kaufen läßt.

quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.

Die Lehre von der Kenntniß des Stellvertreters von den Voraussetzungen des Vertragsschlusses ist also hinsichtlich der ädilicischen Klagen einerseits und der Berufung auf Nichtigkeit andererseits insofern dieselbe, als es sich in beiden Fällen um ein inneres Wissen des Principals handeln kann, welches eine Berufung auf den Inhalt der Erklärung des Vertreters als dolos erscheinen lassen würde, und also ausschließt. Keineswegs aber herrscht eine solche Uebereinstimmung der beiden Fälle in der anderen Frage, aus wessen Seele der Inhalt der Vertragserklärungen und folgeweise, ob sie wegen Dissenses oder Bedingungsmangels nicht gelten können, zu bestimmen ist. Daher ist denn auch die Beantwortung dieser letzteren Frage mit der Lehre von den dem Vertreter unbekannten heimlichen Mängeln keineswegs identisch, sondern von einer blos allgemeinen Aehnlichkeit.

Noch weit verschiedener von jener oben entwickelten Materie ist die nunmehr veraltete Frage, wie es nach römischem Rechte zu halten war, wenn ein Freier sich betrüglicher Weise als Sklave verkaufen ließ, um den Kaufpreis mit dem Verkäufer zu theilen, und der Stellvertreter den Betrug durchschaute. Gegen einen solchen Betrüger giebt das römische Recht dem Getäuschten unter gewissen Voraussetzungen eine Klage auf das Doppelte dessen, was als Kaufpreis gezahlt oder auch nur versprochen worden war,[1]) gleichviel, ob dieser Betrüger selbst etwas davon wirklich lukrirt hatte oder nicht. Die Gewährung eines solchen Anspruches soll also vor einer Schädigung durch eine derartige Täuschung schützen. Kauft nun ein Vertreter wissentlich einen solchen Menschen, ohne dazu einen Spezialauftrag zu haben, so kann der Principal

[1]) L. 18 pr. dig. de liberali causa. 40, 12.

nicht klagen; denn er ist zwar getäuscht und geschädigt, aber nicht durch den Verkauften, sondern nur durch seinen Vertreter, und auf diesen Fall bezieht sich die Gewährung der actio dupli nicht.

Ganz anders, wenn der Principal dem Vertreter den direkten Auftrag ertheilt, gerade diesen Menschen zu kaufen, welcher als Sklave feilgeboten wird. Kauft hier der Vertreter den Sklaven, so ist der Herr auf alle Fälle durch jenes Ausbieten des Menschen geschädigt worden, auch wenn der Vertreter dessen Freiheit kannte und doloser Weise — sei es mit, sei es ohne Einverständniß mit dem Feilgebotenen — dazu beiträgt, den Herren zu schädigen. Hier ist die Schädigung durch eine direkte Täuschung des Herren seitens des zum Verkaufe Ausgebotenen verursacht und also die actio dupli gegeben.

arg. l. 16. §. 3. dig. de liberali causa 40, 12. (Ulpianus):

> Quare si filius familias emit, siquidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit; ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat. Et puto, adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet.

Die letzten Worte bedeuten: „unter denselben Voraussetzungen, unter denen eine Kenntniß des procurators schadet",[1]) d. h., wie aus der noch unten zu besprechenden lex 17. dig. eod. 40, 12. hervorgeht, bei einem Generalmandate, nicht bei einem besonderen Auftrage. Mit der Lehre von der Vertragsauslegung und also mit der lex 12. dig. contr. empt. 18, 1. hat dieser letzterwähnte Fall nicht die geringste Aehnlichkeit; es handelt sich gar nicht um den vermuthlichen Vertragswillen des Principals, sondern darum, in wie weit er durch das Delikt geschädigt worden ist. Mit der Lehre von der Kenntniß heimlicher Mängel ist allerdings

[1]) So richtig Hellmann a. a. O. S. 158.

im Falle der l. 16. §. 3. cit. ſowohl nach dem Inhalte, als auch nach der Begründung der getroffenen Entſcheidung eine gewiſſe Aehnlichkeit vorhanden, inſofern, als bei einem Spezialmandate ſeitens des Principals in beiden Fällen dieſem die auf die Täuſchung gegründeten Klagen zu verſagen ſind und ihm andererſeits nicht entzogen werden können, wenn der Vertreter getäuſcht wird und der Principal zwar den Mangel des Kaufgegenſtandes kennt, aber nicht weiß, daß dieſer für ihn gekauft wird. Damit hat aber die Aehnlichkeit ein Ende; denn die juriſtiſche Verſchiedenheit beider Fälle liegt darin, daß in dem einen ein mit Enttäuſchungen verbundener Vertrag aufgehoben, in dem anderen ein Delikt mit Nachtheilen verknüpft wird. Darum würde es ganz unzuläſſig ſein, etwa in Analogie der l. 17. cit. dig. 40, 12. im Falle eines Specialauftrages dann, wenn der Vertreter betrüglicher Weiſe handelt, weil er die Mängel der gekauften Sachen kennt, dem Principal die ädiliciſchen Klagen zu gewähren. Wußte der Verkäufer hierbei nicht, daß der Principal durch den Stellvertreter betrogen wird, ſo geht ihn dies gar nichts an. Es genügt, daß der Vertreter, welcher die Sache beſichtigt hat oder auf nähere Beſichtigung verzichtend deren erkennbare Mangelhaftigkeit mit in den Kauf nehmen will, den Mangel erkennen konnte.[1]) Der Principal muß ſich wegen des Schadens an den Vertreter halten. Iſt dieſer freilich mit dem Verkäufer in einem

[1]) Ein Käufer kann das Objekt auch durch eine andere Perſon, als einen Vertreter im Vertragsſchluſſe beſichtigen laſſen, nämlich dann, wenn er auf Grund dieſer Beſichtigung, deren Ergebniß ihm mitgetheilt werden ſoll, ſelbſt contrahiren will. Thut er dies, ſo will er alles ſo gehalten wiſſen, als ob er ſelbſt der Beſichtigende geweſen wäre. Kennt dann der Principal den Mangel, und konnte der Beſichtigende ihn nicht erkennen, ſo verliert der Principal hier ebenſo wenig, wie bei der Kenntniß des Generalmandatars die ädiliciſchen Klagen: Man könnte hier allenfalls von einer „Vertretung in der Beſichtigung" ſprechen.

betrüglichen Einverſtändniſſe, ſo haftet der Principal nicht; jedoch ſchützte ihn nicht etwa das ädiliciſche Edikt, ſondern die Nichtigkeit des Geſchäftes wegen Vollmachtsüberſchreitung. Noch in einem anderen Punkte zeigt ſich die Unzuläſſigkeit einer Analogie zwiſchen den beiden mit einander verglichenen Materien. Wenn ein ſog. ſtiller Stellvertreter oder Erſatzmann das Geſchäft abſchließt, ſo kommt es auf die Kenntniß ſeines Mandanten hinſichtlich der ädiliciſchen Klagen gar nicht an, weil das geſammte Mandatsverhältniß für den Abſchluß eines ſolchen Kaufes eine res externa iſt.

arg. l. 51. §. 1. dig. de aedilicio edicto 21, 1. (Africanus):

> Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendum.

Ganz anders, wenn der ſtille Stellvertreter den als Sklaven ausgebotenen Freien kauft und dabei ſelbſt den Betrug nicht kennt. Hier iſt er durch den Betrug ſelber nicht geſchädigt; denn ihm muß der Principal für alle Auslagen aufkommen. Der Principal aber, welcher den Betrug durchſchaute und dennoch den Feilgebotenen zu kaufen den Auftrag gab, iſt zwar vielleicht dadurch geſchädigt, keineswegs aber dabei betrogen worden. Es iſt alſo weder Vertreter noch Principal zugleich betrogen und geſchädigt, ſo daß keiner von beiden die actio dupli anſtellen kann.

arg. l. 17. dig. de liberali causa 40, 12. (Paulus):

> In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut, si certum hominem mandavero emi sciens,

liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit: et non competit ei actio.[1])

Auch noch eine weitere Lehre ist hierhergezogen worden, welche mit den oben ausgeführten Materien schlechterdings nur in einem höchst losen Zusammenhange steht, nämlich die Haftung für die poena litigiosi bei einem Kaufe, welchen der Stellvertreter in Kenntniß der Litigiosität der Sache abgeschlossen hat.[2]) Die Androhung der poena litigiosi bezweckt, von dem Ankaufe der res litigiosae abzuhalten. Sie würde ein reiner Schlag in's Wasser sein, wenn nicht auch der Herr für derartige rechtswidrige Geschäfte des Vertreters haftete; denn nichts würde sonst leichter sein, als durch die Vorschiebung anscheinend unbefangener Vertreter das Gesetz zu umgehen. Nicht blos die Principale, sondern auch deren Agenten sollen von solchen Geschäften abgehalten werden. Hat dagegen der Principal zwar bona fide den Ankauf geboten, der Stellvertreter aber wissend, daß dieser Ankauf ein verbotenes Geschäft ist, ihn ausgeführt, so soll der dominus nicht darunter leiden; denn er selbst ist unschuldig und die Gründe, welche sonst dahin führen, Herren für die Vertreter haften zu lassen, greifen hier nicht Platz; denn der Vertreter ist hier weder dolose vorgeschoben worden, noch hat er aus eigener Initiative den Entschluß gefaßt, seinem Herren einen unerlaubten Vortheil zuzuwenden, die Anregung zu dem Geschäfte kam vielmehr aus der Seele des Herren. Diese ganze Lehre liegt von der Lehre der Nichtigkeit der durch den Irrthum beeinflußten Vertragsschlüsse so weit ab, daß nur mit der größesten Mühe Vergleichungspunkte auf-

[1]) Es liegt somit keine Veranlassung dazu vor, dieses ei in mihi nach l. 51 §. 1 dig. de aed. ed. 21, 1 umzuwandeln (so Hellmann S. 160), da die beiden Fälle eben gar nicht analog sind.

[2]) lex 2 dig. de litigiosis 44, 6.

findbar sind und von ihrer analogen Benutzung für die letztere Theorie nicht die Rede sein darf.

Der Verfasser schließt hier die Einzelexegese ab.[1]) Er hofft, es außer Zweifel gestellt zu haben, daß seine Theorie eben aus dieser Beobachtung des Quellenmaterials hervorgewachsen ist. Er hofft aber auch, den Nachweis geführt zu haben, daß von Antinomieen innerhalb der Irrthumslehre nicht die Rede sein kann, daß selbst dasjenige, was man für unbegreifliche Singularitäten[2]) oder für theoretische Verkehrtheiten[3]) anzusehen pflegt, sich als der Ausfluß höchst einfacher und nüchterner Gedanken darstellt, und daß namentlich die vielfach für unvermeidlich gehaltenen Zusätze zu den einzelnen Quellenstellen,[4]) Textesände-

[1]) Zum Schlusse mag der Vollständigkeit wegen noch die in der Irrthumslehre vielfach berücksichtigte lex 6, § 7. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2 erwähnt werden. Ulpianus bemerkt in derselben: Celsus libro quintodecimo digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit heredidatem, siver liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Vgl. über das fallens Schloßmann, Lehre vom Zwange S. 46 ff., Kohler dogm. Jahrb. Bd. 16, S. 121 ff. Auch wenn man fallens nicht mit heimlich, sondern mit „täuschend" oder „betrügend" übersetzt, so kann man doch dies Wort schwerlich auf die Mentalreservation, daß man nicht Erbe werden wolle, beziehen, denn der Gezwungene verheimlicht, wenn er nur ungern die Erbschaft antritt, dem Zwingenden höchstens den Entschluß, sein Wort später nicht gelten zu lassen, nicht aber eine wirkliche Thatsache. Wir müssen vielmehr annehmen, daß der Gezwungene sich hier mit einem dritten Erbschaftsinteressenten verständigt, diesem gegenüber zum Scheine die Erbschaftserklärung abgiebt und nun den Zwingenden auf diese Thatsache hinweist, ihn also durch Vertuschung der mangelnden Ernstlichkeit der Scheinerklärung betrügt (fallit). (Nachtrag zu Bd. 2. S. 395.)

[2]) Vergl. S. 401, Anm. 1.

[3]) Z. B. der Satz: errantis nulla est voluntas.

[4]) Siehe z. B. S. 504, Anm. 1.

rungen[1]) oder Textesverstümmelungen nach seiner Meinung überhaupt nicht in Frage kommen können. Eben deshalb hält er seine Lehre für die quellenmäßige, und daran würde er auch nichts ändern, wenn wirklich das römische Recht so unbrauchbar wäre, als man neuerdings vielfach behauptet. Darum würde er auch nur solche Widerlegungen der entwickelten römischen Theorie als maßgebend anerkennen, welche in gleicher Weise mit dem Quellenmateriale direkte Fühlung halten, wie die obigen Ausführungen, d. h. nichts dazuthun und nichts weglassen.

Zugleich glaubt der Verfasser erwiesen zu haben, daß die exegetischen Schwierigkeiten, welche die herrschende Lehre in der Theorie vom Irrthum vorfindet, nicht in der Beschaffenheit der ausgelegten Stellen liegen, sondern darin, daß man an diese Stellen mit Fragen herangetreten ist, auf welche sie weder eine Antwort geben wollen, noch können.

---

§. 30.

Allgemeine Schlußbetrachtungen. Wesentlichkeit des Irrthumes. Culpa und dolus in contrahendo. Irrthum und Voraussetzung.

Das Bisherige läßt sich in den einen Satz zusammenfassen:

> Erheblich sind die Irrthümer eines Contrahenten über solche Umstände, deren richtige Vorstellung in einer dem Mitcontrahenten erkennbaren Weise als unerläßliche Vorbedingung der Giltigkeit des Vertrages bezeichnet worden ist.

---

[1]) Der Verfasser denkt namentlich an das consenserimus der lex 34 pr. dig. de acquir. v. am. poss. 41, 2, und das emtionem esse der lex 21, §. 2. dig. de actione empti 19, 1.

Denn eine unerläſſige Vorbedingung ſolcher Art iſt ſowohl für den Acceptanten, daß nicht die Acceptation in einem ihm weſentlichen Punkte von dem Inhalte der Offerte abweicht, als auch für den Offerenten, daß alle als Bedingungen des Vertrages dem Acceptanten erkennbar gemachte Umſtände der Wahrheit entſprechen. Erkennt der Acceptant die Erheblichkeit dieſer Umſtände auch von ſeiner Seite an, ſo ſind ſie zur Geſchäftsbedingung gemacht, hat er dies in erkennbarer Weiſe nicht thun wollen, ſo liegt ein Diſſens vor, denn es iſt überall gleichgiltig, ob jemand etwas überhaupt nicht will, oder ob er es nur unter anderen Bedingungen will, als es den äußeren Anſchein hat;[1]) Offerte und Acceptation decken ſich alſo ihrem Sinne nach nicht, ſobald die Contrahenten über eine Bedingung diſſentiren. Auf einen Wortſtreit, freilich auf einen ſolchen, deſſen Entſcheidung im Intereſſe ſachlicher Klarheit nicht umgangen werden kann, läuft die Frage hinaus, ob man bei nichtigen Vertragsſchlüſſen den Irrthum eine Urſache der Nichtigkeit nennen kann. Will man ſich einer correcten Ausdrucksweiſe bedienen, ſo wird man es vermeiden, den weſentlichen Irrthum in dieſer Weiſe zu bezeichnen;[2]) denn eine Urſache eines Umſtandes kann man einen anderen doch nur dann nennen, wenn der erſtere ohne den letzteren nicht vorliegen würde.[3]) Dies iſt aber da, wo man aus einem Irrthume die Nichtigkeit eines Geſchäftes folgert, niemals der Fall; denn dort würde immer ohne den Irrthum entweder gar kein Geſchäftsabſchluß erfolgt ſein, oder ein giltiges Geſchäft mit einem anderen Inhalte vorliegen, niemals aber ein giltiges Geſchäft des wirklich geäußerten Inhaltes. Wenn z. B. Jemand dem A etwas ſchenkt, weil er ihn mit dem

[1]) arg. l. 9. §. 5, 6. dig. de hered. instit. 28, 5.

[2]) Vgl. auch Savigny Syſtem III, S. 330.

[3]) Vgl. über den Begriff der Urſache Bd. 2, S. 305, Bd. 1, S. 271, 280 Nr. 15, woſelbſt ſich der Verf. jedoch nicht entſchieden genug ausdrückt.

B verwechselt, so würde ohne den Irrthum entweder eine Schenkung an den B geschehen sein, falls dieser dem Schenker zugänglich war, oder im anderen Falle die Schenkung ganz unterblieben sein; eine giltige Schenkung desselben Inhalts, welcher erklärt war, d. h. also eine solche an den A, würde auf keinen Fall vorgelegen haben.[1])

Genau ebenso, wie mit dem Ausdrucke „Nichtigkeitsursache", verhält es sich mit dem gleichbedeutenden „Giltigkeitshinderniß" (impedimentum.) Dieser ist im canonischen Rechte technisch. Wir sind hierdurch zwar genöthigt, ihn beizubehalten, dies kann uns jedoch nicht hindern, uns darüber klar zu werden, daß er incorrect ist. Das bekannte Quellenbeispiel macht es klar. Der Irrthum des Jacob, welcher unwissentlich mit der Lea contrahirte, hinderte keinen Eheschluß. Man kann nicht sagen, daß ohne ihn eine giltige Ehe mit der Lea zu Stande gekommen sein würde, vielmehr ist das Gegentheil wahrscheinlich. Man kann aber auch nicht behaupten, daß ohne ihn damals eine Ehe mit der Rahel zu Stande gekommen sein würde; denn auf eine solche Ehe ging bekanntlich Jacobs Schwiegervater zur Zeit noch nicht ein. Das impedimentum matrimonii bestand also einerseits darin, daß die Rahel sich nicht an dem Vertragsabschlusse betheiligte, andererseits darin, daß Jacob die Lea nicht heirathen wollte, nicht aber in dem error personae. Dieser war kein Giltigkeitshinderniß, sondern nur eine Ursache der nichtigen Verhandlung und ein Mittel zum Nachweise ihrer Nichtigkeit. Wenn somit in einem verbreiteten Sprachgebrauche, welchen anzufechten wohl ein vergebliches Bemühen sein dürfte, der Irrthum eine Nichtigkeitsursache genannt wird, so kommt dies wohl daher, weil er in

---

[1]) Diesen Fall hat Savigny Bd. III, S. 330. im Auge. Richtig ebenda S. 341.

Wahrheit ein Nichtigkeitsgrund ist, d. h. man kann aus seinem Vorhandensein auf einen Dissens oder auf die Setzung einer stillschweigenden Bedingung schließen und so die Nichtigkeit des durch den Irrthum erzeugten Geschäftsabschlusses folgern. Falls z. B. ein Käufer eine vergoldete Sache statt einer goldenen kauft, so muß in ihm eine Unkenntniß der wahren Beschaffenheit der Sache vorliegen, wenn man aus dem Sachverhalte folgern will, daß er das Vorhandensein der vorausgesetzten Eigenschaft zur stillschweigenden Geschäftsbedingung machte. Wenn er sich nicht über die Eigenschaft der Sache geirrt hätte, so würde daraus folgen, daß er auf diese Eigenschaft keinen Werth legte, weil er sonst von dem Kaufe ganz Abstand genommen haben würde. Hätte er daran gezweifelt, so würde er der Bedingung eine ausdrückliche Form gegeben haben. Sein Irrthum erklärt, warum er sich mit einem stillschweigenden Hinweise auf das bei solchen Abreden Uebliche, aus welchem die Setzung jener Bedingung folgt, begnügte.

Von diesem Irrthume, welcher ein Nichtigkeitsgrund, also die Vorbedingung eines Nachweises der Nichtigkeit (nicht die Vorbedingung der Nichtigkeit selbst) ist, war bisher ausschließlich die Rede. Wenn der Verfasser trotzdem die Titelüberschrift des Buches etwas umfassender gestaltet und darin einen jeden Irrthum bei einem jeden Nichtigkeitsgrunde in Bezug genommen hat, so geschah dies nicht nur darum, weil er befürchtete, man werde das Wort „Nichtigkeitsgrund“ falsch auffassen, da man ja gemeinhin den Unterschied zwischen Grund und Ursache vielfach verwischt,[1]) sondern weil er auch den Fall eines Irrthumes bei solchen nichtigen Verträgen, bei welchen der Irrthum kein Grund

[1]) Vgl. Schloßmann Vertrag S. 337 ff. Auch Savigny, System III, S. 440 ff. spricht von der Wirkung der Irrthümer; vgl. aber auch S. 341,

der Nichtigkeit ist, kurz besprechen wollte, um dessen rechtliche Verschiedenheit von demjenigen Irrthume, aus welchem die Nichtigkeit zu folgern ist, hervorzuheben. Aus doppeltem Grunde erschien dies nöthig. Zunächst, weil man, namentlich früher, auch da von einem wesentlichen Irrthume zu reden pflegte, wo die Nichtigkeit aus anderen Gründen folgt,[1]) und es somit zu ihrer Klarlegung nicht nöthig ist, den Irrthum zu erweisen. Hierher gehören z. B. die Fälle, in welchen einerseits ein Vertrag nichtig ist, weil sein Gegenstand nicht existirt oder weil einem Contrahenten die Handlungsfähigkeit oder dem Geschäfte die gesetzlich vorgeschriebene Form fehlt und bei welchem andererseits ein Contrahent oder beide es übersehen, daß der Nichtigkeitsgrund vorliegt. Hier kommt es auf den Nachweis dieses Irrthumes nicht weiter an, nur der übersehene Nichtigkeitsgrund muß erwiesen werden. Schon in alter Zeit ist gegen die Confusion dieser Nichtigkeitsfälle mit der Lehre vom Irrthume als Nichtigkeitsgrund Protest erhoben worden,[2]) aber ohne Erfolg, sonst würden Kategorieen, wie diejenige des error in qualitate legali[3]) und diejenige des error in existentia,[4]) nicht aufgestellt worden sein. Derartige

---

z. B. auch Richelmann, der Einfluß des Irrthums auf Verträge, Hannover 1837. §. 7, S. 23. „Unter wesentlichem Irrthume verstehen wir jeden Irrthum, dessen gesetzliche Folge Nichtigkeit des Vertrages ist."

[1]) Vgl. das oben bei dem error in domino S. 488 Bemerkte und die von Savigny System III, S. 440. ff. aufgeführten Beispiele.

[2]) Thomas von Aquino, supplementum tertiae partis summae totius theologiae qu. 51, art. 2. conclusio ad sextum.

[3]) l. 2. §. 15, 16, dig. pro emptore 41, 4. Hankoph, de effectu erroris in contractu empti venditi. Kilonii 1749. Aehnlich hinsichtlich des Irrthumes über den Wahnsinn des Mitcontrahenten. Georg Adam Struvii, syntagma juris civilis cum additionibus Mülleri 1692. VIII. ad tit. dig. 18, 1, pag. 1502.

[4]) Thibaut, System des Pandektenrechtes §. 449. Vgl. auch Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 16, S. 151. Ueber diesen Irrthum in

Mißgriffe sind wohl heutzutage allgemein als solche anerkannt.[1]) Allein Savigny, welcher mit Recht die Lehre von den Nichtigkeitsgründen, welche nichts mit dem Irrthume zu thun haben, von der Irrthumstheorie geschieden wissen will, geht wenigstens in der äußeren Darstellung seiner Lehre vom unächten Irrthume[2]) in entgegengesetzter Richtung zu weit.[3]) Er stellt ohne Weiteres die Fälle eines bei einem nichtigen Geschäfte blos nebenhergehenden und juristisch völlig gleichgiltigen Irrthumes in eine Klasse mit dem wesentlichen Irrthume, weil auch bei diesem die Nichtigkeit des Geschäftes nicht durch den Irrthum bewirkt sei. So richtig dieses letztere ist, so ist denn doch noch ein großer Unterschied zwischen Fällen, in welchen der Irrthum ganz gleichgültig, und solchen, in denen sein Nachweis zur Darlegung der Nichtigkeit des Geschäftes unerläßlich ist. Mag immerhin bei dem wesentlichen Irrthume der nächste Nichtigkeitsgrund nicht der Irrthum, sondern der Mangel des „Willens", d. h. der aus der Erklärung zu entnehmenden Anordnung eines Rechtserfolges sein, dieser Mangel des Willens kann nicht anders erwiesen werden, als eben aus jenem Irrthume.

Wir werden daher innerhalb des Irrthumes bei nichtigen Verträgen denjenigen Irrthum, aus welchem die Nichtigkeit gefolgert wird, schärfer von dem sonstigen Gebiete dieses Begriffes zu sondern haben, als es bei Savigny geschieht. Natürlich war

---

der Existenz vgl. Zitelmann J. und R., S. 448, Anm. 401. Bruns, Pandektenfragmente, S. 480. l. 108, §. 10. dig. de leg. I. l. 1, §. 7. dig. de dote prael. 33, 4.

[1]) Gegen diese Kategorie des Irrthums in der Existenz vgl. auch noch Bruns, Pandektenfragmente, kl. Schr. II, S. 481. Savigny, Bd. III, S. 302, 303.

[2]) Vgl. über diesen Ausdruck Windscheid, Pandekten, Bd. 1, §. 76, Anm. 1b.

[3]) Savigny. System III, S. 440 ff.

auch Savigny weit entfernt davon, dieſen in ſeiner Darſtellung verwiſchten Unterſchied zu verkennen.

Zum Schluſſe ſind noch einige Fragen zu erörtern, die um ihrer Allgemeinheit willen den Schluß der ganzen Lehre bilden ſollen.

Zunächſt fragt es ſich, ob und wie weit die Entſchuldbarkeit des Irrthumes für ſeine Weſentlichkeit, d. h. für ſeine Tauglichkeit zum Nichtigkeitsgrunde in Betracht kommt.

Der enge Zuſammenhang, in welchen in früherer Zeit die Lehre von dem Irrthume bei Verträgen mit der Uſucapionslehre gebracht wurde,[1]) war wohl vornehmlich die Urſache davon, daß man die Berufung auf unentſchuldbaren Irrthum auch hier, wie überall, für unzuläſſig hielt.[2])

Dieſe Lehre bekam dadurch eine ganz beſondere Wendung, daß man aus ihr die Nichtberückſichtigung der dem Mitcontrahenten nicht erkennbaren einſeitigen unerläßlichen Vorbedingungen des Geſchäftsabſchluſſes herleitete.[3]) Dabei wurden jedoch zwei

[1]) Durch die Anlehnung der geſammten Irrthumslehre an die allgemeinen Titel de juris et facti ignorantia dig. 22, 6. Cod. I, 18. Im Uebrigen wurde hauptſächlich der titulus digestorum de contrahenda emptione 18, 1. als sedes materiae betrachtet.

[2]) Vgl. über dieſe Frage auch Exner, Tradition S. 269, Anm. 49. Schon Irnerius und Joannes Bassianus ſtellten die Anſicht auf: Non videtur consentire, qui in facto errat (Hänel, dissensiones dominorum, Lipsiae 1834, pag. 266.). Aehnlich z. B. Gundling (Nicolai Hieronymi Gundling, jus naturae ac gentium, Halae 1736, S. 145, ad III.) und noch Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 95. Die Berufung auf einen durch culpa lata hervorgerufenen Irrthum hielten noch Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes §. 448 und Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 16, S. 26 Anm. für unzuläſſig. Gegen jede Berückſichtigung der Entſchuldbarkeit bei der Frage nach der Erheblichkeit des weſentlichen Irrthumes erklärt ſich namentlich Savigny, Syſtem Bd. 3. S. 446. Vgl. auch S. 294, Anm. d. Für dieſe Berückſichtigung wieder Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes. Bd. I, §. 109. Hölder, krit. V. J. Schr. Bd. 14, S. 580.

[3]) So ſchon Grotius, de jure belli ac pacis lib. II, c. 11, §. 6.

verschiedene Dinge durcheinander geworfen: ein Rechtssatz und ein legislatorisches Motiv. Ein Rechtssatz würde es sein, wenn es verwehrt wäre, den Nachweis der Nichtigkeit eines Geschäftes auf einen unentschuldbaren Irrthum zu stützen. Bloße legislatorische Motive sind aber die Erwägungen, daß man bei aller Rücksicht auf den Privatwillen doch unmöglich so weit gehen kann, einem Promittenten den Rücktritt von einem deutlichen Versprechen zu gestatten, daß ferner die Härte, welche darin liegt, jemanden unter Umständen aus einer unerwünschten Erklärung haftbar werden zu lassen, sich darum rechtfertigt, weil in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Erklärende den ihm unerwünschten Inhalt der Erklärung verschuldet, endlich daß man die verschwindende Minderzahl abweichender Fälle, z. B. den Fall einer unvorhersehbaren Entstellung der Erklärung durch einen Boten, nicht berücksichtigen kann, weil das Ziel des Rechtes bei der Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse in der Regel nicht Sätze, die auf einen jeden einzelnen Fall passen, schaffen kann, sondern über besondere Ausnahmeerscheinungen hinweggehen muß, ohne sie zu berücksichtigen.[2]) So ist also in der That für die Auslegung des Rechtes nicht ohne Bedeutung, daß in der Mehrzahl der Fälle des nicht erkennbaren wesentlichen Irrthumes derselbe unentschuldbar ist; es ist dies eine legislatorische Präsumption, bei der von einem Gegenbeweise nicht die Rede sein kann.[3]) In

---

Doch noch deutlicher Gundling (Gundlingiana, darinnen allerhand zur Jurisprudentz, Philosophie, Historie, Critik, Litteratur und übrigen Gelehrsamkeit gehörigen Sachen abgehandelt werden. 33. Stück. Halle 1724. Besonders S. 235.)

[2]) arg. l. 6 dig. de legibus 1, 3. (Paulus) *Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς*, ut ait Theophrastus, *παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.*

[3]) Vgl. oben Bd. 1, §. 11. Burkhard, civilistische Präsumptionen S. 173 ff.

diesem Sinne behauptet man öfters, daß „Wissen" und „Wissenmüssen" einander gleichstehen.[1]) Allein als ein allgemeines, ausnahmsloses Axiom wird man diesen letzteren Satz sicherlich nicht anerkennen dürfen. Man denke nur daran, daß unter Umständen eine Unwissenheit, selbst wenn sie noch so unentschuldbar ist, das Vorhandensein eines dolus sicherlich ausschließen kann. Man darf daher aus jenem Satze nicht argumentiren. Die Sache liegt vielmehr so, daß, weil der consensus die Uebereinstimmung des Sinnes der Erklärungen ist, in Folge dessen jener allgemeine Satz eine beschränkte Richtigkeit hat.

Aus alledem folgt aber, daß im einzelnen concreten Falle die Entschuldbarkeit des Irrthumes mit der Wesentlichkeit desselben nicht im Zusammenhange steht. Trotzdem ist Savigny auch wohl hier zu weit gegangen, wenn er jeden Zusammenhang zwischen der Wesentlichkeit und Entschuldbarkeit des Irrthumes leugnet.[2]) Ihm ist nur insofern beizustimmen, als diese Entschuldbarkeit des Irrthumes keine unerläßliche Vorbedingung seiner Wesentlichkeit ist, wofür freilich nur bei Testamenten, nicht bei Verträgen, ein direkter Beweis vorliegt.[3]) Für Verträge ist sogar behauptet worden, daß es quellenmäßig bezeugt sei, der wesentliche Irrthum müsse entschuldbar sein, um Berücksichtigung zu finden.[4]) Es soll dies hervorgehen aus der lex 18, §. 1. dig. de contrah. empt. 18, 1. (Pomponius):

Si servus domini jussu in demonstrandis finibus

[1]) So Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilonii 1749, S. 6.: paria sunt scire ac scire posse vel debere. Etwas Aehnliches, doch weniger allgemein vgl. bei Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. II, S. 392, Anm. 29. und in den dort citirten Urtheilen.

[2]) Dernburgs Protest a. a. O., §. 109. erscheint somit als berechtigt.

[3]) c. 7. Cod. de her. inst. VI, 24. Bd. II, S. 423.

[4]) Hölder, krit. V. J. Schr. Bd. 14, S. 580.

agri venditi (also nach Abschluß des Kaufvertrages) vel errore vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit: et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.

In dem mitgetheilten Falle irren beide an dem Traditionsakte betheiligten Personen. Sowohl der Sklave als auch der Käufer glaubten, daß das von ersterem überwiesene Stück Land mit dem vorher verkauften identisch sei. Keiner Partei wird verwehrt, sich auf diesen Irrthum zu berufen. Der Käufer hat kein Interesse daran; denn er hat zu viel bekommen. Der Verkäufer kann trotz der irrigen Erklärung dies plus zurückbehalten. Auch geht aus der Stelle nicht hervor, daß der Irrthum unentschuldbar war. Die Nichtigkeit der Tradition des zu viel Ueberwiesenen folgt hier daraus, daß Sklave und Käufer das Geschäft auf Grund des vorher abgeschlossenen Kaufes vornahmen und es nur gelten lassen wollten, falls es sich auf dasselbe Objekt richtete, wie dieser. Insoweit dies nicht der Fall war, sollte es nicht gelten (vergl. oben §. 22.)

Obwohl hiernach Wesentlichkeit und Entschuldbarkeit nicht nothwendiger Weise zusammen gehören, so zeigen sich doch bei einer genaueren Betrachtung der verschiedenen Arten wesentlichen Irrthumes Fälle, bei welchen sie in einem gewissen Zusammenhange stehen. Zunächst sahen wir, daß bei der vox ambigua nur dann auf gegenseitig nicht erkennbare inneren Differenzen der beiden Kontrahenten unter einander gesehen wurde, wenn nicht der eine Kontrahent an der Ambiguität die Schuld trug, weil sonst, d. h. falls er die Zweideutigkeit verschuldet, gegen ihn interpretirt werden soll.[1]) Ist es freilich erkennbar, daß ein Contrahent etwas anderes will, als der andere, z. B. wenn der Acceptant

[1]) Bd. 1, S. 179 ff.

es merken muß, daß der Offerent, welcher von seinem Hause sprach, offenbar nur seine Wiese meinen konnte, und dennoch aus Unachtsamkeit die Offerte hinsichtlich des Hauses acceptirt, so ist der Vertrag auf jeden Fall nichtig, mag die Erklärung des falschen Wortlautes vom Offerenten verschuldet sein oder nicht; denn dann, wenn sie schuldhafter Weise geschieht, wird das Versehen ihres Urhebers durch dasjenige des Adressaten, welcher nicht auf ihren wahren Sinn achtete, compensirt. Das Gleiche gilt dann, wenn beide Contrahenten glaubten, daß ein gewisser Umstand wahr sei, ihn aber doch zur größeren Sicherheit stillschweigend als Bedingung anerkannten und beiderseits jenen irrigen Glauben nur in Folge ihrer eigenen Schuld hatten. So z. B., wenn ein Gefäß ausdrücklich als goldenes verkauft wird, von dem sich beide Contrahenten hätten sagen müssen, daß es nicht echt sein könne. Allein, wenn hier auch nur der eine in culpa ist, z. B. der Verkäufer, in dem Falle, daß der Käufer die Sache nicht gesehen hat, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß der Vertrag, also hier der Kauf, nichtig ist, d. h. nach dem oben (§ 16) Ausgeführten, daß er die charakteristischen Wirkungen des gerade beabsichtigten Vertrages, also hier bei dem Kaufe das Recht auf Umsatz der Sache gegen Geld, nicht nach sich zieht. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß der nichtige Vertragsschluß nicht trotzdem andere Wirkungen, namentlich die Haftung für das Erfüllungsinteresse erzeugen kann. Diese letztere Haftung tritt sicherlich dann ein, wenn der eine Contrahent, z. B. der Verkäufer, für den Fall der Nichtigkeit des Geschäftes wegen einer fehlenden Eigenschaft eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat, und, da die stillschweigenden Erklärungen grundsätzlich den ausdrücklichen gleichstehen, auch dann, wenn es stillschweigend geschehen ist. Eine solche stillschweigende Uebernahme der Haftung für das Erfüllungsinteresse bei Nichtigkeit des Vertrages werden wir aber überall da

anzunehmen haben, wo der eine Contrahent erwarten durfte, daß der andere ſich über das Nichtvorhandenſein des Nichtigkeitsgrundes vergewiſſert habe und ihm dafür einſtehen wolle. Sichert alſo z. B. der Verkäufer die Echtheit der verkauften Metallwaaren zu, ſo muß er bei deren Unechtheit (wenn nicht etwa die Waare trotzdem als gekauft gelten ſollte) das Erfüllungsintereſſe präſtiren. Hierauf bezieht ſich die lex 15 dig. de contrahenda emptione. 18,1. (Paulus):

> Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. §. 1. Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.

Die verſchuldete Unkenntniß des Käufers wird hier nicht im Allgemeinen beſprochen, ſondern in beſonderer Beziehung auf das Verſprechen einer nicht exiſtirenden Sache; denn ganz allgemein aufgefaßt hat der Satz: „ignorantia emptori prodest“ keinen Sinn, auch wird man wohl kaum die dem Käufer gewährte Möglichkeit, den Kauf als nichtig anzufechten, als etwas, quod emptori prodest, auffaſſen dürfen. Das Gegentheil ſcheinen diejenigen anzunehmen, welche dieſe Stelle in der Irrthumslehre citiren.[1]) Allein man bedenke, daß der Käufer bei der Geltendmachung der Nichtigkeit keinen Vortheil, ſondern nur die Erhaltung des status quo ante begehrt. Es kann alſo nur von demjenigen Falle die Rede ſein, in welchem der Verkäufer trotz der Unmöglichkeit der Erfüllung für das Erfüllungsintereſſe haftet. Dieſe Haftung iſt durch eine ignorantia emptoris bedingt (ignorantia emptori prodest); ohne dieſe Unkenntniß von dem Sachverhalte kann der Käufer nichts verlangen, weil er nichts erwarten konnte. Iſt freilich ſeine Unkenntniß unentſchuldbar, ſo darf er ſich nicht darauf berufen.

[1]) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 16, S. 26 Anm. und Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatr., §. 109, Anm. 3.

Falle gelten, in dem eine beiderseits vorausgesetzte Vertragsbedingung ausfällt, also auch die Ausführung des Vertrages unter den beiderseits als unerläßlich betrachteten Umständen nicht möglich ist, z. B. wenn ein Gefäß als goldenes verkauft wird, welches von Erz ist, es also unmöglich ist, dasselbe so wie verabredet war, als ein goldenes in das Vermögen des Käufers zu übertragen.[1])

Das Ergebniß des Bisherigen ist also, daß es der Annahme einer besonderen Haftung für das negative Vertragsinteresse bei culpa in contrahendo hier nicht bedarf. Entweder ist nämlich eine beiderseitige culpa vorhanden und also nach allgemeinen Grundsätzen[2]) eine Schadensersatzpflicht ausgeschlossen, oder es ist für den Mitcontrahenten des Culposen schon in anderer Weise gesorgt, nämlich bei der vox ambigua dadurch, daß gegen denjenigen interpretirt wird, welcher an der Undeutlichkeit seiner Erklärung die Schuld trägt, bei der vox non ambigua dadurch, daß der Adressat der Erklärung sich mit wenigen Ausnahmen an den ihm erkennbaren Sinn der Auslegung halten darf, bei der Unrichtigkeit eines bedingungsweise vorausgesetzten Umstandes dadurch, daß derjenige, welcher für dessen Richtigkeit einzustehen ausdrücklich oder stillschweigend verspricht, für das Erfüllungsinteresse haftet. Der Vertrag ist dann zwar nichtig, aber nicht wirkungslos, d. h. er bindet nicht auf dasjenige, worauf sein

---

[1]) Den engen Zusammenhang zwischen dieser Lehre und derjenigen von der Unmöglichkeit der Erfüllung hat Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen Bd. 4, Leipzig 1843, S. 372. richtig erkannt und überhaupt die Lehre vom error in substantia im Ganzen richtig aufgefaßt. Nur ist seine Polemik gegen Savigny, welche Zitelmann (J. und R. S. 550 Anm. 529.) mit Recht tadelt, um so mehr ungerechtfertigt, als Savigny's Meinung, richtig aufgefaßt, zu ganz ähnlichen Ergebnissen hinführen muß, wie Kritz a. a. O. S. 345 ff. sie vertritt.

[2]) l. 203. dig. de diversis regulis juris antiqui 50, 17.

Wortlaut hinzielt, wohl aber auf ein Surrogat.[1]) Der Haftung für negatives Vertragsintereſſe wegen culpa in contrahendo bedarf es ſonach im Falle eines weſentlichen Irrthumes nicht.[2])

Die ſehr verdienſtliche Rechtsſchöpfung einer ſolchen delictsartigen Haftung für eine verſchuldete Nichtigkeit des Vertrages vermochte allein die Härten einer unrömiſchen Irrthumslehre auszugleichen, darum iſt ſie auch für ein Produkt modernen Geiſtes zu halten.[3]) Es laſſen ſich ſogar die Spuren ihrer Entſtehung nachweiſen. Die Naturrechtslehrer verallgemeinerten bekanntlich die Haftpflicht aus der lex Aquilia zu dem allgemeinen Satze, daß jeder einen durch ſeine Schuld Benachtheiligten entſchädigen muß.[4]) Daraus wurde dann wieder die Haftung für culpa in contrahendo insbeſondere gefolgert.[5]) So erklärt ſich wohl die Aufnahme dieſer letzteren Haftung in das allgemeine preußiſche

---

[1]) Der Verf. hatte, befangen in den üblichen Anſchauungen über Nichtigkeit, dagegen proteſtirt, daß Mommſen (Ueber die Haftung der Kontrahenten u. ſ. w., Braunſchweig 1879) eine Contraktsklage aus einem nichtigen Vertrage für unmöglich hält (a. a. O., S. 11, 12. 187. Anm. 1.). Dieſen Widerſpruch (Ztſchr. f. Handelsrecht Bd. 26, S. 303.) zieht er nunmehr auf Grund ſeiner eigenen Ausführungen (§. 16) zurück.

[2]) Der Verfaſſer hat ſich im Vorſtehenden im Weſentlichen den Ergebniſſen des von Hartmann, die Obligation, Erlangen 1875, S. 195 ff. Ausgeführten angeſchloſſen. Vgl. auch die Entſch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 16, S. 150 und ſchon Richelmann, a. a. O., S. 129 ff.

[3]) In ähnlichem Sinne äußert ſich Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. II, §. 242. beſ. S. 414, Anm. 5.

[4]) Christianus de Wolff, institutiones juris naturae et gentium, Halae 1763, §. 270.

[5]) So ausdrücklich Wolff, a. a. O., §. 405, S. 203. Gundling in der Gundlingiana, Halle 1724. Stück 33, S. 236. Vgl. auch ebenda S. 228.: „Wer die Schuld hat, iſt keines faveurs in dieſem Falle würdig.“ „Daß die römiſchen Juriſten hier anders decidiret, iſt theils ungewiß, theils wenn auch dem alſo, uns nicht hinderlich.“

Landrecht.[1]) Ihre Bedeutung in der neueren romanistischen Litteratur fand schon Erwähnung.[2])

Ebenso wie die Entschuldbarkeit des Irrthumes zwar für seine Wesentlichkeit nicht unbedingt nöthig ist, aber immerhin mit derselben in einem gewissen Zusammenhange steht, ist das Gleiche auch hinsichtlicherd Erkennbarkeit des Irrthumes der Fall.[3]) Es ist richtig, daß bei jedem wesentlichen Irrthume etwas bei der Vertragsschließung dem Mitcontrahenten erkennbar sein muß, dies ist aber nicht der Irrthum, sondern die Wesentlichkeit des Umstandes, über den geirrt wird,[4]) d. h. die Zumuthung an den Mitcontrahenten, diesen Umstand als unerläßliche Geschäftsbedingung anzuerkennen.

Bei den objektiv wesentlichen Geschäftsbestandtheilen, d. h. denjenigen, welche verabredet sein müssen, ehe das objektive Recht das Geschäft wirksam werden läßt, versteht sich die subjektive Wesentlichkeit ganz von selbst, da kein vernünftiger Mensch eine nach dem objektiven Rechte unvollständige Abrede, z. B. die Abrede eines Kaufes, bei welchem die Contrahenten nicht über den Preis einig geworden sind, kann gelten lassen wollen.[5]) Man

---

[1]) §§. 284, 285. Allg. Landrecht, Th. I, Tit. 5, vgl. auch §. 79, I, 4. und §. 82, I, 4, auch §. 105, I, 5. §. 56, I, 4. Gegen die Haftung für culpa in contrahendo Savigny, System III, S. 294, Anm. d.

[2]) Vgl. oben Bd. 1, S. 263, Anm. 3.

[3]) Vgl. Hartmann, dogm. Jahrb. Bd. 20, S. 48.

[4]) Vgl. namentlich Samuelis Pufendorf, elementorum jurisprudentiae universalis libri II. Jenae. ed. Johann Wertheri 1669. §. 19, S. 154. At vero vix errorem intervenisse dici potest, quando illud non adparet, quod pro conditione non fuit suppositum, expresse aut ex natura negotii.

[5]) Vgl. über den Unterschied von „objektiv und subjektiv wesentlich", Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechtes Bd. I, §. 77, Anm. 1. auch die sehr treffenden und beachtenswerthen Bemerkungen über Wesentlichkeit bei Zitelmann, S. 491 und 496.

darf daher behaupten, daß die objektiv, d. h. von dem Standpunkte der Rechtsvorschriften aus, wesentlichen Punkte eines Vertragsinhaltes auch immer subjektiv (d. h. vom Standpunkte der Contrahenten aus) wesentliche sind. Außerdem können aber die Contrahenten in ihrer Erklärung noch andere Punkte zum wesentlichen Vertragsinhalte und andere Umstände zu Vertragsbedingungen machen. Ist dieses auch nur von einer Seite geschehen, so ist es gleichgültig, ob der Mitcontrahent es weiß, daß die Voraussetzung dieses Umstandes seitens des Irrenden eine falsche ist, oder ob ihm dies unbekannt ist, oder auch ob er den Irrthum theilt. So z. B., wenn jemand einen gefälschten Originalbrief Luthers, welchen er selbst für echt hält, als echten verkauft.[1] [2] Gleichgiltig ist es auch für den Empfänger einer offenbar unrichtigen Erklärung, ob er ersehen konnte, wodurch diese Erklärung in einer dem Wunsche des Absenders nicht entsprechenden Art entstellt worden, insbesondere ob dies auf dem Wege zu ihm durch den Boten oder im Kopfe des Absenders durch einen Irrthum geschehen ist. Gleichgiltig ist es auch für ihn, zu wissen, welcher Irrthum die Abgabe der offenbar unerwünschten Erklärung veranlaßt hat. So ist z. B., wenn der gänzlich unmusikalische Sprachlehrer X eine Offerte, Clavierunterricht zu ertheilen, erhält, es völlig gleichgiltig, ob nach dem Inhalte der Erklärung er mit einem gleichnamigen Musiklehrer X verwechselt ist, oder ob der Absender annahm, daß er, der Sprachlehrer X, auch Musikunterricht zu ertheilen fähig und gesonnen sei, oder ob es ganz unerkennbar ist, welche falsche Vorstellung die irrige Erklärung veranlaßt hat. Sobald also bei

---

[1]) Vgl. Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten von Girtanner, 4. Aufl. 1869, Nr. 36, S. 40.

[2]) Vgl. auch hierzu Windscheid, Archiv f. c. Pr. Bd. 63, S. 86, No. 1.

unzweideutigen Erklärungen ein Dissens vorliegt, so muß es immer in erkennbarer Weise hervorgetreten sein, daß der wesentliche Irrthum vorliegt, bei zweideutigen Auslassungen und innerer Meinungsdifferenz wenigstens, daß möglicher Weise ein Mißverständniß vorliegt. Wo jedoch ein Umstand zur Geschäftsbedingung gemacht ist, braucht es nicht erkennbar geworden zu sein, daß ein Contrahent oder beide über jenen Umstand irrten. Zur Wesentlichkeit des Irrthumes gehört hier nur, daß der Umstand zur Geschäftsbedingung gemacht worden und unrichtig ist.

Ferner sei hier noch kurz das Verhältniß von Irrthum und Unwissenheit erwähnt. Es fragt sich hinsichtlich dieser Begriffe, in wie weit sie überhaupt einen verschiedenen Umfang haben und ob sie einer gleichen praktischen Behandlung unterliegen.[1])

Was das Erstere betrifft, so darf man nicht übersehen, daß Irrthum und Unwissenheit insofern keine Gegensätze sind, als sie vielfach in demselben Falle nothwendiger Weise mit einander verbunden sein müssen. So ist jeder Irrthum über einen dauernden Zustand, z. B. über die Echtheit eines Schmuckgegenstandes nothwendiger Weise mit der Unwissenheit des entgegengesetzten Zustandes, z. B. seiner Unechheit, verknüpft. Desgleichen ist die irrige Annahme, daß ein bestimmtes Ereigniß eine gewisse Beschaffenheit gehabt habe, z. B., daß ein Grundstück einem Bevollmächtigten übergeben worden sei, nothwendiger Weise mit einer Unkenntniß des wahren Sachverhaltes, z. B., daß der Empfänger ein Unbefugter war, verbunden.

Andererseits ist aber auch anzunehmen, daß man in gewissen Fällen, sobald man sich nicht in gezwungenen Ausdrücken bewegen

---

[1]) Vergl. zu dem Folgenden Daller, der Irrthum als trennendes Ehehinderniß, Landshut 1861 S. 4. Bruns Pandektenfragmente. S. 479, Zitelmann J. und R. S. 319 ff. und vor allem Savigny System Bd. 3 S. 111. 326.

will, nur entweder von einer Unwiſſenheit oder von einem Irrthum, nicht aber zugleich von beiden, reden kann. Nur ein Irrthum liegt vor, wenn man an ein Ereigniß, z. B. den Tod eines Menſchen, glaubt, während es nicht geſchehen iſt, nur eine Unwiſſenheit, wenn man an ein wirklich vorgefallenes Ereigniß nicht glaubt.

Wenn Savigny die Unwiſſenheit hinſichtlich der Frage, ob daraus die Nichtigkeit eines Vertrages gefolgert werden kann, unbedingt dem Irrthume gleichſtellt, ſo iſt dem ſchlechterdings beizupflichten. Es bezieht ſich dies natürlich nur auf eine unbewußte Unkenntniß. Die Frage, ob man ſich wiſſentlich einem gänzlich oder theilweiſe unbekannten Vertragsinhalte unterwerfen kann, hat dadurch überhaupt nicht berührt werden ſollen. [1])

Schließlich kann auch die Frage nach dem Verhältniſſe der Nichtigkeit wegen Irrthumes zu der Anfechtbarkeit wegen dolus oder ungerechtfertigter Bereicherung nicht gänzlich übergangen werden.

Savigny hat mit Recht hervorgehoben, daß die bloße Erkennbarkeit des Irrthumes über eine einſeitige conditio sine qua non der Erklärung das Geſchäft nicht entkräften könne, und dies nahm auch der Verfaſſer an, indem er unter ſolchen unerläßlichen Bedingungen der Erklärung nur diejenigen für weſentlich anſah, hinſichtlich deren dem Mitcontrahenten ausdrücklich oder ſtillſchweigend zugemuthet worden iſt, ſie als Geſchäftsbedingungen gelten zu laſſen. Daß die ſonſtigen erkennbaren Vorbedingungen der Erklärung gleichgiltig ſein müſſen, hat Savigny mit gutem Grunde auch daraus gefolgert, [2]) daß ſonſt neben der Nichtigkeit der Geſchäfte für die Rechtsmittel wegen dolus kein Anwendungs-

[1]) Vor einem Mißverſtändniſſe dieſer Art warnt Dernburg, Lehrbuch des pr. Privatrechtes Bd. I, §. 108, Anm. 2.

[2]) Syſtem III, S. 343.

gebiet würde übrig bleiben können. Man könnte vielleicht zweifeln, ob die Theorie, welche der Verfaſſer vertritt, noch dieſen beſonderen Rechtsmitteln Raum gewährt. Man könnte nämlich meinen, daß die Vorausſetzung, nicht betrogen zu werden, eine bei allen Erklärungen in erkennbarer Weiſe vorliegende ſei, und daß daher für den Fall, daß ſie etwa unrichtig ſei, keine Rechtswirkung beabſichtigt werde. Das Erſtere iſt richtig, das Letztere aber falſch. Zunächſt wiſſen wir, daß Traditionen, obwohl ſie durch dolus hervorgerufen ſind, gültig ſein können.[1]) Sodann kann man nach den oben entwickelten Auslegungsgrundſätzen, welche ex fide bona oder nach den Grundſätzen, uti inter bonos bene agier oportet, gehandhabt werden ſollen, nicht eine Beſtimmung für den Fall des dolus ohne Weiteres aus der Abrede herausleſen; denn jeder Contrahent kann verlangen, daß man bei ihm weder einen dolus noch die Erwartung, daß ein ſolcher von Seiten des Mitcontrahenten begangen werde, vorausſetze. Sodann würde es auch wenig klug von einem diligens paterfamilias ſein, für den Fall eines dolus des Mitcontrahenten irgend etwas zu beſtimmen, weil er von einem Betrüger ſchwerlich eine Beachtung dieſer Abrede würde erwarten können. Der Inhalt der beſonderen Anfechtungsrechte wegen dolus iſt daher nicht aus der Parteiabrede, ſondern direct aus der Geſetzesvorſchrift zu entnehmen. Welches dieſer Inhalt iſt, iſt erſt neulich durch eine völlig ausreichende Darſtellung klargelegt worden.[2])

Mit den Bereicherungs-Condictionen, welche gleichfalls ein Surrogat der Anſprüche aus der Nichtigkeit ſind, verhält es ſich inſofern etwas anders, als ſie ſchon nach römiſchem Rechte bei

---

[1]) Vgl. hierzu l. 18. dig. de cond. furt. 13, 1.; Bekker, das Recht des Beſitzes bei den Römern. Leipzig 1880. S. 29, Anm. 1.

[2]) Mommſen, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abſchließung von Schuldverträgen. Braunſchweig 1879. S. 143 ff.

den bonae fidei contractus[1]) und heute allgemein mit der Contractsklage geltend gemacht werden können, sobald die ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Vertragsschlusse hervorgegangen ist. Besonderer Anfechtungscondictionen bedarf es bei rein obligatorischen Verträgen heutzutage nicht mehr;[2]) ein praktischer Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit wegen grundloser Bereicherung dürfte bei obligatorischen Geschäften kaum noch vorkommen. Undenkbar ist ein solcher Unterschied nicht.[3]) Es ist für einen Geschäftsmann oft unangenehmer, als übervortheilter Contrahent dazustehen, als die Uebervortheilung zu erleiden; dennoch verlangt die Praxis schwerlich bei der Hervorhebung der Einrede ungerechtfertigter Bereicherung mehr, als zur Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes,[4]) d. h. nur die Anführung ihrer thatsächlichen Grundlagen, nicht aber einen besonderen Antrag, diese nach dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung zu beurtheilen.

Bei Verträgen mit dinglicher Wirkung läßt sich gleichfalls von einer stillschweigenden Abrede einer Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung reden.[5]) Es ist also hier der Umfang der Erstattungspflicht anders, als bei dem dolus, auf dem Wege der Vertragsauslegung, nicht direct aus der Rechtsvorschrift zu bestimmen. Dem Falle des dolus sind diese Fälle insofern analog, als auch hier bei dinglichen Verträgen im Zweifel nicht für verabredet gilt, daß die Abwesenheit einer jeden grundlosen Bereicherung eine Geschäftsbedingung sein soll, wie wir das Gleiche ja oben hinsichtlich der Abwesenheit des dolus gesehen haben.

---

[1]) Vgl. Bd. II, S. 309, Anm.
[2]) Vgl. Bd. II, S. 319.
[3]) Vgl. oben Bd. II, S. 398, Anm.
[4]) Vgl. oben Bd. II, S. 310.
[5]) Vgl. Bd. I, S. 267.

So iſt alſo auch die grundloſe Bereicherung kein Nichtigkeitsgrund. Allerdings geſchieht dies hier aus einem ganz anderen Grunde, nämlich aus Rückſicht auf den Mitcontrahenten, von welcher im Falle des dolus natürlich nicht die Rede ſein kann.[1]) Weil es bei ſolchen Geſchäften für denjenigen, der dadurch ein Recht erlangen ſoll, zu läſtig ſein würde, das Recht nur als ein in ſeiner Exiſtenz zweifelhaftes zu übernehmen, verlangt der Veräußerer nicht leicht die Setzung einer Geſchäftsbedingung, ſondern begnügt ſich mit einem ſtillſchweigenden Erſatzverſprechen für den Fall des Fehlſchlagens der beiderſeitigen Vorausſetzung oder Erwartung. Die Unrichtigkeit der Vorausſetzung iſt alſo die Bedingung jenes Erſatzverſprechens, die Einigung darüber, daß die Vorausſetzung von Bedeutung ſein ſolle, iſt der Grund, aus welchem man die Abrede jenes Erſatzverſprechens folgert. Will man dieſe ſtillſchweigende Abrede ſelbſt Vorausſetzung nennen, und alſo von Klagen aus der „Vorausſetzung“ reden, ſo kann dieſes nichts ſchaden, ſofern man ſich nur klar wird, daß man dann dasjenige, was aus der Vorausſetzung folgt, mit dem Namen der Vorausſetzung ſelbſt belegt, wie etwa das ſubjektive Recht vom objektiven ſeine Benennung erhalten hat. Nothwendig iſt dieſe Terminologie ſicherlich nicht und ſie iſt gefährlich, weil man leicht durch ſie verleitet werden kann, die feſtgeſtellten Vorausſetzungen des Vertrages mit jenem Erſatzverſprechen zu confundiren.

---

[1]) Dieſe Rückſicht auf den Mitcontrahenten (Bd. I, S. 267) überſah Titius, welcher ſonſt von ziemlich richtigen Geſichtspunkten in der Irrthumslehre ausging, indem er meinte (observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum centuriae quindecim. Lipsiae 1717. S. 334, obs. 507.), es ſei ein jus positivum, d. h. alſo in ſeinem Sinne ein aus der allgemeinen Irrthumslehre nicht erklärbarer Satz, daß die Tradition bei den condictiones sine causa nicht völlig nichtig ſei.

Noch nach einer anderen Hinsicht hat sich jedoch die Terminologie, die nur bei denjenigen Irrthümern, welche bloße persönliche Anfechtungsrechte begründen, von „Voraussetzungen“ redet, als gefährlich erwiesen. Sie ließ übersehen, daß ja auch alle wesentlichen Irrthümer falsche Voraussetzungen sind. Mit der Behauptung, daß irgend eine falsche Annahme „nur eine Voraussetzung“ sei, kann man also ihre Wesentlichkeit nicht zurückweisen. Und doch ist es in bedenklichster Weise von einer Stelle geschehen, welche man sonst mit Recht als die Schutzwehr gegen eine rein formalistische, dem wahren Willen des Gesetzgebers abgewandte Rechtsprechung rühmt. Das Reichsoberhandelsgericht[1]) hat entschieden, daß der Einwand des Irrthumes von Zeichnern eines Aktienkapitals, welche lediglich bestimmt durch die falsche Voraussetzung der Giltigkeit anderer Zeichnungen sich verpflichtet hatten, den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht erhoben werden dürfe, weil ein Irrthum in einer bloßen „Voraussetzung“ Dritten gegenüber kein Anfechtungsrecht gebe (S. 281). Allein zunächst sind in der Frage, ob ich einer Person etwas schuldig bin, die Gläubiger dieser Person für mich keine Dritten. Sodann war die Richtigkeit jener Voraussetzung sicherlich eine Bedingung, deren Einfügung in das Geschäft der Zeichner seinen Mitcontrahenten gegenüber zumuthen durfte und in erkennbarer Weise nach Lage der Sache zugemuthet hat. Die Gesellschaft konnte jedenfalls nicht mehr Rechte erwerben, als die Gründer ihr ausbedungen haben.[2])

---

[1]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. XX, S. 270—284.

[2]) Wenn es dort (Bd. 20, S. 282) heißt, die Gesellschaft habe darum ein Recht gegen den getäuschten Zeichner, weil sie sich (vor ihrer Existenz!) auf die Zeichnung verlassen durfte und in Folge dessen zu existiren angefangen habe, so dürfte damit der Boden nüchterner juristischer Beobachtung verlassen und das Gebiet dichterischer Phantasieen betreten worden sein.

Natürlich muß es auch bei einem wesentlichen Irrthum dem dadurch Getäuschten unbenommen bleiben, auf die Hervorhebung dieser Wesentlichkeit zu verzichten und lieber die ihm wegen dolus oder grundloser Bereicherung zustehenden Anfechtungsrechte geltend zu machen, da ja oben erwiesen wurde (§ 8), daß die Hervorhebung der Nichtigkeit nur aus der Auslegung seines in der Erklärung enthaltenen Willens folgt, und dieser Wille ihm hinsichtlich derselben nur Rechte, nicht Pflichten auferlegt. Natürlich gilt dies nur, wenn eben blos der eine Contrahent an der Geltendmachung der Nichtigkeit interessirt ist, z. B. der Käufer eines angeblich goldenen, in Wahrheit aber unechten Gefäßes, nicht aber, wenn beide es sind, z. B. beide aus Versehen ein beiderseits unerwünschtes Formular unterschrieben haben. Hier können keinem von beiden seine contractsmäßigen Anfechtungsbefugnisse dadurch verkümmert werden, daß der andere auf die seinigen verzichtet.

Schließlich sei noch die Frage erörtert, in wie weit man von einem „begleitenden“ [1]) Irrthum reden kann. Diese Art des Irrthumes wird vielfach mit dem unwesentlichen Irrthume identifizirt [2]); in diesem Sinne hat sie kein besonderes Interesse. Vielfach bezeichnet man aber mit diesem Namen auch den Gegensatz zu dem bestimmenden Irrthume [3]), d. h. demjenigen, welcher die Vertragserklärung hervortreibt, z. B. den bloßen error de persona, welcher nicht zugleich

---

[1]) Das Wort findet sich noch bei Bruns in den Pandektenfragmenten S. 479.

[2]) Namentlich bei Canonisten, Bd. II, S. 402, Anm. 1. vgl. aber auch Richelmann a. a. O., S. 162.

[3]) Dem error causam dans vgl. Donellus comment. de jure civili lib. XIV, t. II. cap. X. Francofurti ad M. 1605. p. 249, welcher von einer causa impulsiva spricht.

ein error in persona ist, d. i. die Annahme eines Verkäufers, die vor ihm stehende Person sei der X., während er, auch wenn dies nicht der Fall ist, mit ihr contrahiren würde. Eine solche innere Vorstellung ist nur nach der Ansicht einzelner Vertreter der herrschenden Lehre von Bedeutung, die Praxis hat wohl nur selten darauf Gewicht gelegt, weil das richtige Gefühl hier einen Mißgriff hinderte, welchem eine ungenügende Quellenexegese nicht vorzubeugen vermochte.[1]) Eine solche irrige begleitende Vorstellung ist für den Vertragsschluß ebenso gleichgiltig, wie etwa ein inneres körperliches Leiden, an welchem der Contrahent krankt, sie hat mit demselben schlechterdings gar nichts zu thun. Eine besondere Art des blos begleitenden Irrthums ist der nachhinkende Irrthum, d. h. ein solcher, welcher erst zu einer Zeit entsteht, in welcher die maßgebende juristische Thatsache der Erklärung schon eingetreten ist, und also für deren Beurtheilung nicht mehr in Frage kommen kann. Solche nachhinkende Irrthümer sind z. B. die irrige Annahme des Offerenten, eine richtige Erklärung abgegeben zu haben[2]) und dessen irrige Hoffnung, daß ein ihm erwünschter Vertrag zu Stande kommen werde,[3]) ferner die Einbildung des Acceptanten, welcher dissentirt hat, daß er die Offerte richtig acceptirt habe,[4]) endlich die Einbildung des Offerenten, daß der Acceptant der Offerte überhaupt

---

[1]) Gundling (Gundlingiana, Halle 1724, Stück 33, §. 15, S. 227) theilt genau denselben Fall mit, welchen Bekker (kr. V. J. Schr. III, S. 200.) völlig unabhängig davon ausgesonnen hat. Nur heißt der Verkäufer dort Mevius und hier Mayr.

[2]) Bruns, Pandektenfragmente S. 479.

[3]) Bruns nennt diese Irrthumsart a. a. O. „getäuschte Erwartung". (S. 479.)

[4]) Eine Folge des mehrfach erwähnten sog. „Irrthumes als Mißverständniß", vgl. Zitelmann, J. und R., S. 592. Brinz, Pand. S. 1402.

oder unbedingt zugeſtimmt habe, während deſſen Antwort gar keine oder nur eine bedingte Zuſtimmung enthielt.[1])

Alle dieſe begleitenden und nachhinkenden Irrthümer ſind hier nur erwähnt worden, um ihrer Vermiſchung mit den wirklich weſentlichen vorzubeugen.

[1]) Daß die l. 9. pr. dig. de contrah. empt. 18, 1. hinſichtlich des in ipsa emptione dissentire auf ſolche nachhinkenden Irrthümer bezogen werden kann, hält der Verf. nicht für möglich, vgl. dagegen aber auch Ritelmann a. a. O. S. 528, Anm. 491.: „wenn der Eine meint, es ſei ein Kaufvertrag zu Stande gekommen, während der Andere auf die Offerte mit Nein geantwortet hatte."

Dritter Abſchnitt.

Ein Rückblick auf die herrſchende Lehre.

§. 31.

Zur Klarſtellung der Unterſchiede zwiſchen der herrſchenden Lehre und derjenigen des Verfaſſers.

Der Verfaſſer ſtellte es als ſein Ziel hin, die richtige Bedeutung der Irrthumslehre Savignys gegen die abweichenden Lehren der Neueren zu vertheidigen. Dabei konnte er ſich mit einer bloßen Widerlegung der Gegner nicht begnügen. Die neuere Wiſſenſchaft hatte die Fragen aufgeworfen, in welchem Zuſammenhange die Merkmale des weſentlichen Irrthums mit den geſetzlichen Vorbedingungen giltiger Verträge ſtehen (Bd. 1) und welches das gemeinſame Kennzeichen iſt, an welchem man in allen verſchiedenen Irrthumsfällen „die Differenz zwiſchen Willen und Erklärung“ erkennt (Band 2).[1])

Somit galt es alſo nicht mehr, dieſe Fragen in einer den Quellen entſprechenden Weiſe, wie es im Weſentlichen ſchon bei

[1]) Die Vertiefung der Frageſtellung nach dieſen Richtungen hin iſt Zitelmanns unleugbares Verdienſt, welches ſeine Arbeit auf eine viel höhere Stufe erhebt, als ſie frühere Leiſtungen auf dieſem Gebiete, namentlich das bekannte Buch Richelmanns, der Einfluß des Irrthums auf Verträge, Hannover 1837, einnehmen.

Savigny geſchehen iſt, durch eine glückliche und geſchickte Handhabung der richtigen Geſichtspunkte zu beantworten, ſondern dieſe Antwort in feſte dogmatiſche Formeln zu prägen und ihre Quellenmäßigkeit gegenüber den Ausführungen der Gegner darzuthun.

Die ſehr begründete Achtung vor der Autorität der angefochtenen Lehren macht es auch noch zu guter Letzt nöthig, die Differenzpunkte zwiſchen den gewonnenen Ergebniſſen und der herrſchenden Lehre möglichſt beſtimmt hervorzuheben.

Die von dem Verfaſſer angefochtene Theorie hat mit ſeiner Irrthumslehre, wie mit jeder anderen, einen gemeinſamen Ausgangspunkt: Es giebt zwei Arten von Irrthümern, ſolche, aus denen man die Nichtigkeit eines Vertrages folgern kann (ſog. errores essentiales), und ſolche, hinſichtlich deren es nicht der Fall iſt (errores accidentales.) Dieſe Zweitheilung beherrſcht die Irrthumslehre ſchon ſeit Jahrhunderten. [1])

Ebenſo iſt es eine alte Lehre, daß nur der weſentliche Irrthum die voluntas oder den consensus aufhebe. [2])

---

[1]) Schon Odofredus ſpricht von ſieben Fällen eines error substantialis (Domini Odofredi interpretatio in undecim primos pandectarum libros Lugduni 1550, pag. 96, 2. Spalte). Titius (observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum centuriae quindecim Lipsiae 1717, observatio 511, S. 335) unterſcheidet error efficax und error concomitans, de Berger, (oeconomia juris Lipsiae 1734, §. 17, pag. 669) den error substantialis und accidentalis. Man überſehe auch hier nicht den Unterſchied der beiden ähnlichen Terminologien: „Weſentlicher Irrthum" und „Irrthum über einen weſentlichen Geſchäftsbeſtandtheil". Der letztere Begriff findet ſich nur bei einigen, erſterer bei faſt allen Bearbeitern der Irrthumslehre.

[2]) Schon die glossa zu causa 29, qu. 1. ſagt: nihil est tam contrarium consensui quam error. Vgl. ferner die bei Thomas von Aquino mitgetheilte, aber von ihm widerlegte Anſicht (articulus II, quaest. 51, supplementum tertiae partis summae totius theologiae „utrum omnis error impediat

Die eigentliche brennende Frage war von Alters her die Nachforschung nach dem Kennzeichen, an welchem man im einzelnen Falle erkennen könne, ob ein die voluntas ausschließender Irrthum vorliegt oder nicht.

Es ist sehr begreiflich, daß man zur Aufklärung dieses Punktes einen doppelten Weg eingeschlagen hat. Man hat einerseits nach einem Merkmale der Unwesentlichkeit und zweitens nach einem Kennzeichen der Wesentlichkeit geforscht.

Der erste Weg führt zu dem Satze, daß bloße Beweggründe unwesentlich sind.[1])

---

matrimonium"): praeterea consensus aliquid voluntarium nominat, sed error impedit voluntarium. Schultzen (synopsis institutionem imperialium Lipsiae et Magdeburgi 1655, S. 153) bezeugt die Geltung des Satzes: error excludit consensum in der Praxis der Rota Romana und bei vielen älteren Schriftstellern. Ueber die Praxis des Reichskammergerichts vgl. Mevii decisiones (ed. X. Frkf. a. M. 1791, s. t. I. p. III. dec. 306, Anm. 13. error non habet voluntatem; ähnlich ibid. p. VII. dec. 511, Anm. 6). Vgl. ferner Arnoldi Vinnii, partitionum juris civilis libri IV. Roterodami 1664. liber II. c. IV. p. 212. Non omnis error consensum non habet. Aehnlich Joh. Schilteri institutiones juris Lipsiae 1685, S. 881. Lauterbach (collegii theorico-practici pars prima Tubingae 1714, p. 1182) spricht von einem error, qui scientiae refragatur et per consequentiam voluntatem excludit. Schaumburg (compendium juris digestorum, Jenae 1757, S. 136, §. 4.) spricht von Fällen, in denen der error veritati consensus obest. Aehnlich Malblanc, principia juris romani, Tubingae 1801, §. 277. — Eine Originalität ist also hinsichtlich der Unterscheidung desjenigen Irrthumes, welcher den Willen ausschließt, von den sonstigen Irrthumsfällen v. Savigny nicht zuzuerkennen; vgl. aber auch Windscheid, Pand. §. 76, Anm. 1b.

[1]) Schweppe, das römische Privatrecht, 3. Auflage, Altona 1822, S. 336, welcher sich auf l. 65, §. 2. dig. de cond. indeb. 12, 6 beruft. Richelmann, der Einfluß des Irrthumes auf Verträge. Hannover 1837. §. 11, 12, S. 36 ff. Roßhirt, gemeines deutsches Civilrecht. Heidelberg 1840. S. 373. Die Ausführungen der Neueren sind bekannt. Vgl. auch das preußische allgemeine Landrecht Theil I, Tit. 4, §§. 145 ff.

Der Satz wurde schon oben einer Kritik unterzogen. Es wurde schon dort hervorgehoben, daß der Inhalt dieser Formel wegen der Zweifelhaftigkeit des Wörtchens „blos“ keinen Werth hat, zumal ja auch bei allen wesentlichen Irrthümern immer ein irriger Beweggruud vorliegen muß. Auch wurde die Unhaltbarkeit der exegetischen Grundlagen dieser Lehre oben erwiesen.[1])

Es muß zur Ergänzung des oben Gesagten auch noch darauf hingewiesen werden, wie gefährlich eine Anwendung dieser Lehre in der Praxis ist, weil nur allzu leicht wesentliche Irrthümer, d. h. solche, deren Abwesenheit in deutlich erkennbarer Weise zur Geschäftsbedingung gemacht war, darum als „unwesentliche“ der richterlichen Berücksichtigung entzogen werden, weil sie falsche Beweggründe sind, als ob nicht jeder wesentliche Irrthum in der gleichen Lage wäre.[2]) Man hat schließlich sogar den durch einen offenbaren Betrug Geschädigten aus derartigen Gründen das Gehör verweigert,[3]) und eben darum, weil man dies in der redlichsten Absicht aus einer strenge wissenschaftlichen Ueberzeugung that, für die Verwirrung der Rechtsgriffe um so unheilvoller gewirkt. Sollte freilich der durch eine derartige Duldung unsauberer

---

[1]) Bd. 1, §. 13. vgl. auch noch Donellus comment. de jure civili t. II. lib. 14, cap. 10. Francof. a. M. 1605, p. 249, welcher in der Auslegung der lex 52. dig. de cond. ind. 12, 6 die ihm eigenthümliche geistige Freiheit des Systematikers gegenüber der Einzelentscheidung zeigt. Er spricht zunächst den Satz aus: cessante causa finali cessat effectus, statuirt also die Möglichkeit stillschweigender Resolutivbedingungen. Dabei erkennt er an, daß auch die causa impulsiva zum Inhalte einer Geschäftsbedingung gemacht werden könne, und daß dies in jener Stelle offenbar nur deshalb nicht anzunehmen ist, weil die causa im vorliegenden Falle eine „causa contempta“ gewesen sei. Vgl. hierzu des Verf. Ausführungen Bd. I, S. 265 ff.

[2]) Vgl. auch Herrmann, Gießener Ztschr. N. F. Bd. 3, S. 209.

[3]) Vgl. die oben Bd. II, S. 535. kritisirte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes.

Machinationen dem Verkehrsleben zugefügte Schaden zu einer Verwerfung der falschen Lehre, welche ihn verursacht hat, beitragen, so würde dieser große Gewinn schließlich doch nicht zu theuer erkauft sein.

Nun werfen sich noch die weiteren Fragen auf: Woher stammt die Lehre von der Unerheblichkeit des Irrthums in den Beweggründen? Welches ist ihr wahrer Kern? Welche Bedeutung hat sie in der Theorie Savignys?

Wir werden diese Frage, wie viele andere dieser Art, nur dann beantworten können, wenn wir zu der mittelalterlichen Quelle unserer romanistischen Lehre hinaufsteigen.

Um die Schwierigkeiten, welche der Irrthumslehre von Anfang an entgegenstanden, gänzlich zu würdigen, muß man sich in die Lage eines Exegeten zur Zeit der Glossatoren oder Postglossatoren hineindenken.

Die Quellen sprechen von voluntas und velle, wie wir oben sahen, in besonderer Hinsicht auf die Vertragslehre in drei verschiedenen Bedeutungen. Das Wort bezeichnet in ihnen:

1) den inneren Wunsch, der durch den Vertragsschluß befriedigt werden soll; (die voluntas contrahendi);
2) die Abgabe einer Erklärung, also eine That. (So vielleicht in dem: coactus volui, vgl. aber auch oben S. 396);
3) den aus der Erklärung für deren Adressaten ersichtlichen (d. i. in dem Sinne der Erklärung enthaltenen) Gedanken, daß ein gewisser Geschäftserfolg eintreten soll (Wille im Sinne Savigny's.)

Der bedeutende juristische Instinkt der Römer und der Umstand, daß sie ihre eigene Sprache redeten, mag sie selbst vor Verwechslungen bei der Handhabung dieses dreideutigen Wortes geschützt haben. Worin hätte aber wohl der mittelalterliche Exeget einen solchen Schutz gefunden? Da er nicht gewöhnt war, die

Rechtsbegriffe in ihrer concreten Realisirung zu beobachten, mußte ihm die drittgenannte, eigentliche Hauptbedeutung des Wortes unklar bleiben, und wenn er von einem Irrthume las, welcher den Willen ausschloß (so übersetzte man fälschlich das „errantis voluntas nulla est"), so lag es nahe in der voluntas den einen der oben unter 1 und 2 genannten psychologischen Thatbestände zu sehen. Beide Verwechslungen sind vorgekommen, die eine, welche die voluntas contrahendi des Einzelnen mit der voluntas contrahentium verwechselt, liegt der Ansicht des Hugo Grotius[1]) und der jetzt herrschenden, im ersten Bande angefochtenen Lehre „von dem inneren Geschäftswillen" zu Grunde und führt, consequent durchgesetzt, zur Erheblichkeit des Irrthums über einen jeden Beweggrund, welcher in mente agentis vim habuerit conditionis.[2])

Die andere Verwechslung, welche in der voluntas contrahentium die Vornahme der Erklärungshandlungen sieht und meint, daß der Irrthum die freie Selbstbestimmung ausschließe und hiernach die That des Erklärenden als eine ihm nicht zuzurechnende erscheinen lasse, ist weit älteren Ursprunges. Auch sie müßte zu der Erheblichkeit eines jeden Irrthums in jedem bestimmenden Beweggrunde hinführen. In diesem Umfange ist sie in der That ausgesprochen worden und zwar schon zur Zeit des Thomas von Aquino und sogar für das Eherecht.[3]) Es heißt

---

[1]) Vgl. Bd. 2, S. 393, Anm. 1.

[2]) So ausdrücklich Grotius, de jure belli ac pacis. liber III, c. 23, §. 4. Vgl. unten S. 555 ff.

[3]) Summa totius Theologiae suppl. III. partis, articulus 2, quaestio 51. „utrum omnis error impediat matrimonium". Die hier erwähnte, von Thomas verworfene Ansicht ist vom Standpunkte der in ihr adoptirten Uebersetzung des Wortes consensus, als der freiwilligen Erklärungshandlung (praeterea consensus aliquid voluntarium nominat) viel zu consequent, als

dort, daß jeder beſtimmende Irrthum einen nichtigen Eheſchluß nach ſich ziehe, quia voluntarium secundum Philosophum (Aristoteles ethica III, 1) Gregorium et Nissenum et Damascenum est, cujus principium est in aliquo sciente singularia, in quibus est actus. Dem durch falſche Vorausſetzungen hervorgetriebenen actus wird alſo hier die Eigenſchaft einer freien, beachtenswerthen That abgeſprochen. Thomas von Aquino hat dieſe Anſicht (a. a. O.) mit unzureichenden Gründen widerlegt; mit dem Aufſchwunge philoſophiſcher Studien in Deutſchland iſt ſie gerade bei uns wieder zu neuem Leben erweckt worden. So behauptet. z. B. Mühlenbruch,[1]) daß der Irrthum als ein Mangel freier Selbſtbeſtimmung aufzufaſſen ſei, ja ſogar noch bei Sintenis[2]) findet ſich die eigenthümliche Wendung, bei dem weſenlichen Irrthume ſei „die Erklärung nur ſcheinbar; denn der Handelnde will unbewußt etwas nicht, ohne welches die Handlung als ſolche nicht exiſtirt."

Was iſt endlich die im erſten Bande widerlegte Lehre von Brinz, Hölder und Zitelmann, welche in beſonderen Irrthumsfällen von Handlungen eines Bewußtloſen oder von einem „Irrthume als Mangel des Bewußtſeins" reden will, anderes, als eine theilweiſe Erneuerung dieſer alten Anſicht, welche in der durch den weſentlichen Irrthum ausgeſchloſſenen voluntas contra-

---

daß es ſich etwa hier blos um eine von Thomas fingirte Gegenmeinung handeln könnte. Wir haben vielmehr in ihr die Vorläuferin der noch heute höchſt einflußreichen Theorie, welche Willensunfreiheit und Weſentlichkeit des Irrthumes mit einander in Zuſammenhang bringt (vgl. oben S. 391 ff.), alſo eine altehrwürdige Quelle eines Zweiges der modernen „pſychologiſchen" Jurisprudenz zu ſehen.

[1]) Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 93.

[2]) Das praktiſche gemeine Civilrecht, 3. Auflage. Leipzig 1868. Bd. 1. §. 22 Cb. S. 193.

bestimm die Thatsache der Erklärungshandlung (welle in einem andern Sinne) sah?[1])

Gegen diese nur allzu verzeihlichen exegetischen Mißgriffe läßt sich eben blos hervorheben, daß es auf die voluntas als „inneren Geschäftswillen" nicht ankommt, daß die voluntas als Erklärungshandlung auch bei dem wesentlichsten Irrthume eine freie, zurechenbare Handlung ist, daß deren innere Beeinflussung auch durch den wesentlichsten Irrthum für sich allein gleichgiltig ist, und es somit bei Vertragserklärungen auf den gesammten psychologischen Thatbestand vor der Erklärungshandlung ganz und gar nicht ankommt, sondern nur, um mit Savigny zu reden, auf die erkennbare Differenz zwischen Willen und Erklärung, d. h. darauf, ob die Abwesenheit des in Frage stehenden Irrthumes in erkennbarer Weise zur Geschäftsbedingung gemacht worden ist.

Nur dieses hat Savigny[2]) mit seiner Lehre von der Gleichgiltigkeit der „Beweggründe zur Willenserklärung" (S. 112, also nicht: „zu einem innern Entschlusse") sagen wollen. Er wendet sich hier namentlich gegen die nach ihm, wie wir sahen, wieder von Sintenis u. a. vertretene und fälschlich aus dem Satze errantis voluntas nulla est herausgelesene Lehre, daß die durch wesentlichen Irrthum beeinflußte Erklärungshandlung keine bewußte sei und dem Erklärenden nicht zuge-

[1]) Es muß übrigens zugestanden werden, daß es in der That ein Unterschied ist, ob man durch falsche Vorstellungen oder Unwissenheit getrieben wird, oder ob man nur deshalb etwas Verkehrtes thut, weil vorhandene richtige Vorstellungen im entscheidenden Momente nicht an die Oberfläche des Bewußtseins hervortraten. Der Unterschied ist jedoch m. E. nur ein psychologischer und die juristische Gleichstellung desjenigen, dem die sichere Herrschaft über den Inhalt seines Bewußtseins fehlt, mit dem Bewußtlosen nicht aufrecht zu erhalten.

[2]) Bd. III, S. 99 ff.

rechnet werden dürfe. Er bejaht die Möglichkeit einer Zurechnung schlankweg und ohne jede Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthume, weil stets — auch bei wesentlichem Irrthume — die Willensfreiheit im philosophischen Sinne nicht ausgeschlossen werde. Wenn er daher sagt (S. 113):

> „Die richtige Auffassung der Frage beruht also auf der „scharfen Unterscheidung des Wollens selbst, von Dem„jenigen, was ihm in der Seele des Wollenden vorherging,"

so meint er unter „Wollen" eben nichts, als die Erklärungshandlung; denn kurz vorher bemerkt er:

> „durch den Einfluß jener irrigen Vorstellungen ist daher das Dasein der freien Willenserklärung keineswegs aufgehoben"

und gleich nachher heißt es

> „das Wollen ist eine selbstständige Thatsache, die allein für die Bildung der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit ist."

Dies kann aber nur die Erklärung sein.

Obwohl also die Erklärung bei einem jeden Irrthume ihrem Urheber zugerechnet wird, so soll dieser doch aus der ihm zugerechneten Erklärung dann nicht haften, wenn der Inhalt der Erklärung, welcher einen Geschäftserfolg anordnet, von dem „Willen", d. h. der wahren Meinung des Erklärenden in einer dem Mitcontrahenten erkennbaren Weise abweicht.

Savigny versteht also unter „Beweggründen" alles, was der Erklärungshandlung vorhergeht, also auch die innere auf den Geschäftserfolg gerichtete Absicht, unter „Wollen" die Erklärungshandlung, unter „Erklärung" dasjenige, was nach dem Wortlaute des Geäußerten angeordnet ist, unter „Willen" dasjenige, was nach dem wahren Sinne des Geäußerten gelten soll.[1])

[1]) Vgl. oben Bd. II, S. 396 ff.

Was hier Savigny allein vorzuwerfen ist, das ist seine zu genaue Anlehnung an die zweideutige Ausdrucksweise der Quellen. Wir werden es den Neueren nicht zu schlimm anrechnen müssen, wenn sie unter dem Einflusse der von Savigny verworfenen Ansicht seine Lehre in einem nicht zutreffenden Sinne deuteten.[1]) Während nämlich Savigny und seine gesammten Vorgänger einen Unterschied zwischen den „Antecedentien“[2]) der Erklärung innerhalb der Seele des Erklärenden nicht machen, sondern sie ausnahmslos Beweggründe der Erklärungshandlung nennen, unterscheiden die Neueren innerhalb dieses Vorstadiums zwei Theile: den „Geschäftswillen“ oder die „Geschäftsabsicht“ und die „Beweggründe oder Voraussetzungen dieses Geschäftswillens“ (nicht der Erklärungshandlung.)[3])

Damit wird der Lehre von der Unwesentlichkeit der Beweggründe eine ganz neue Bedeutung gegeben, nämlich einerseits bewirkt, daß die Differenz der Erklärung und der blos innerlichen Absichten, welche in der Sprache Savignys mit zu den bloßen Beweggründen gehören, für erheblich gilt und das Geschäft entkräftet, und andererseits, was noch viel schlimmer ist, daß stillschweigende Geschäftsbedingungen mißachtet werden, weil sie in

---

[1]) Am meisten scheint freilich Herrmann i. d. Gießener Ztschr. Bd. 3. N. F. S. 198 ff. Savigny mißverstanden zu haben. Er fällt a. a. O. durchaus in die von Savigny widerlegten Anschauungen zurück.

[2]) Diesen Ausdruck entlehnt der Verfasser den interessanten Ausführungen von Lammasch, „Handlung und Erfolg“, Grünhut's Zeitschrift. Bd. 9, S. 248.

[3]) Vgl. Windscheid, zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseldorf 1847. S. 252. Brinz, Pandekten, S. 1411. Daß diese Unterscheidung eine Grundidee der Lehre Zitelmanns ist, wurde vielfach hervorgehoben. Auch der Verfasser stand noch ganz innerhalb dieser Lehre in seinen Ausführungen in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 26, S. 297 ff.

dem nach Savigny gleichgiltigen pſychologiſchen Vorſtadium der Erklärung „bloße Beweggründe“ waren.[1]) Als z. B. durch Verſchleierung des ſog. Gründergewinnes von den Gründern einer Aktiengeſellſchaft Perſonen zur Zeichnung von Aktien verleitet worden waren, ſchnitt ihnen das Reichsoberhandelsgericht auf Grund jener eigenthümlichen pſychologiſchen Zweitheilung zwiſchen dem Geſchäftswillen und den Beweggründen des Geſchäftswillens die Berufung auf jenen Irrthum, deſſen Abweſenheit ſicherlich als Geſchäftsbedingung ſtillſchweigend erklärt war, ab.[2]) Es ſei, ſo hieß es, der Irrthum in dieſem Falle nur ein Grund der Willensbeſtimmung, berühre aber den Willen nicht; dieſer richte ſich nur auf die essentialia negotii. Das philoſophiſch gebildete Laienpublikum ſieht es ſolchen Urtelsgründen ſogleich an, daß ſie eine pſychologiſche Unrichtigkeit enthalten, den unphiloſophiſchen Köpfen ſind ſie unverſtändlich, und, warum das Recht auf ſolche Dinge Gewicht gelegt haben ſoll, das begreift Niemand.

Soviel über das Merkmal der Unweſentlichkeit des Irrthumes, welches man aus dem Begriffe des Beweggrundes hat herleiten wollen. Was nun das Mittel zur Erkennung der Weſentlichkeit des Irrthumes betrifft, ſo finden wir zwei Hauptmethoden angewandt: die caſuiſtiſche und die principielle Feſtſtellung der Weſentlichkeit.

---

[1]) Bei Herrmann a. a. O. S. 211 gewinnt es den Anſchein, als ob ein Irrthum über den Geſchäftsinhalt anders zu beurtheilen ſei, als ein ſolcher über die Geſchäftsbedingungen, was ſicherlich haltlos iſt. Vgl. aber auch Bruns, Pandektenfragmente, S. 480.

[2]) Entſch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 22, Nr. 90, S. 388 ff. Es wurde hier, wie in dem Beiſpiele oben S. 535, zwar nur für das preußiſche Recht judicirt, aber aus allgemeinen Gründen, welche ebenſo gut auch auf das römiſche Recht hätten angewandt werden können. Man legte hier auch darauf Gewicht, daß der dolus der Gründer die Geſellſchaft nichts angehe. Vgl. dagegen oben Bd. 2, S. 535.

Die casuistische Methode ist die bequemste und die mächtigste. Sie stellt die in den Quellen mitgetheilten Entscheidungen, in denen ein nichtiges Geschäft und ein Irrthum vorliegen, nach der Art des Gegenstandes, über den gerade geirrt wird, zusammen, und erklärt sodann, daß in diesen Fällen der Irrthum wesentlich sei, sonst nicht. Diese Methode hat große Vorzüge. Vor Allem war es diejenige, auf welche sowohl die Glossatoren als auch die Consiliatoren nach ihrer Art der Quellenbehandlung zuerst verfallen mußten.[1]) Sodann erspart sie dem Studirenden und dem Praktiker das Nachdenken, ersterer braucht nur auswendig zu lernen, letzterer nur nachzuschlagen.[2]) Darum ist sie auch, mag sie noch so sehr mit principiellen Floskeln verbrämt sein, ein eigentlicher Grundstock der Irrthumslehre Jahrhunderte hindurch gewesen und ist es noch heute in den Lehrbüchern wie in den Gesetzbüchern.[3]) Sicherlich würde Niemand wagen dürfen,

---

[1]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Erste Abth. München und Leipzig, 1880. S. 104, 112. Diese Methode ist klar erkennbar aus der glossa In omnibus zur l. 57 (56). de obl. et act. 44, 7.

[2]) Vgl. Stintzing a. a. O. S. 125. „Dieses Uebergewicht der praktischen Richtung, in welche die Vertreter der Rechtswissenschaft durch das Bedürfniß des Lebens und die fortgesetzte Beschäftigung mit praktischen Arbeiten geführt und gebannt wurden, hat es bewirkt, daß in Deutschland weder die systematische noch die antiquarische Methode zu voller Ausbildung und Herrschaft gelangte."

[3]) Vgl. oben Bd. 2, S. 540, Anm. 1 u. 2.; ferner J. Mejeri, collegium Argentoratense 1657, tom. I. p. 999, squ., H. Hahnii, observata theoretico-practica ad Matthaei Wesembecii in L libros digestorum commentarios 1659, p. I, p. 995. A. Vinnii, partitionum juris civilis libri 4, Roterdami 1664, lib. 2. c. 4. p. 212., G. A. Struvii, syntagma juris civilis 1692. p. 1502., Cornelii van Eck, principia juris civilis sec. ordinem digestorum Traj. ad Rhen. 1724, I. cap. 16. p. 431 ff., Wernher, manuale pandectarum 1736, S. 161., G. F. Ludovici doctrina pandectarum 1734, p. 322., Glücks Pandectencommentar Bd. 16. 1814. S. 17 ff., Schweppe, das römische Privatrecht, 3. Aufl., Altona 1822, §. 418.

an ihr zu rütteln, wenn sie nicht schließlich doch für die Exegese und Praxis undurchführbar wäre und deshalb von jeher das Gefühl der Unzufriedenheit hinterlassen hätte.[1]) Ihre Quellenwidrigkeit folgt zunächst daraus, daß die Gesetze nicht nach ihrem Wortlaute, sondern nach ihrer vis ac potestas aufzufassen sind, daß also bloße Beispiele, welche sich als Ergebniß einer Schlußfolgerung aus allgemeinen Sätzen darstellen, nicht als spezielle Rechtsvorschriften angesehen werden dürfen. Das eigentliche Schmerzenskind der casuistischen Methode war aber stets der error in qualitate. Das vergebliche Bemühen, diejenigen Eigenschaften zu charakterisiren, welche nach ihrer Beschaffenheit wesentliche sind, und sein Mißerfolg sind bekannt. Uebrigens hat nicht blos dieser Uebelstand, sondern auch das Unjuristische jenes Haftens an dem Einzelfalle[2]) schon früher die gebührende Beachtung gefunden. Titius (observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum Lipsiae 1717) bemerkte mit Recht zu der casuistischen Lehre von dem error in qualitate (S. 336):

> Nimirum cum ex pertinentia rei ad negotium omnem erroris efficaciam aestimare debuissent, illi ex naturali rei habitu hoc definire voluerunt, hinc an in corpore, materia vel qualitate erratum sit, considerarunt, cum tamen non quo loco quid intuitu rei

---

S. 336., Holzschuher, Theorie und Casuistik, 3. Aufl. (ed. Kuntze), Leipzig 1863, §. 37. Nr. 28. S. 376 ff., Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., Tauchnitz. Leipzig 1868, §. 22. S. 192 ff. u. a. m.

[1]) Vgl. z. B. die Citate oben Bd. II, S. 437, Anm. 1.

[2]) Ein Praktiker bemerkte neulich dem Verfasser gegenüber, daß der Satz: „Die Wesentlichkeit des Irrthumes hängt von seinem Gegenstande ab" um nichts juristischer sei, als die bei Angeklagten beliebte Redensart, daß sie „wegen eines Paares Stiefeln" vorbestraft worden seien.

habeatur, sed quo id habuerint paciscentes considerari debeat.

Auch Gundling (Gundlingiana Halle 1724 Stück 33. S. 207) tadelt es bei der Erörterung der Irrthumslehre, daß „wir nur lesen und diejenigen Entscheidungen nachschwatzen, welche bei besonderen Umständen etwas davon gelallet."

Neben der casuistischen Methode stehen die principiellen. Unter ihnen ist es die scholastische, welche die Wesentlichkeit des Irrthumes danach bestimmt, ob sein Gegenstand ein objectivwesentlicher Vertragsbestandtheil ist, d. h. zu denjenigen Theilen des Vertrages gehört, deren Verabredung das objective Recht voraussetzt, damit der Vertrag rechtsverbindlich werden kann. Der Verfasser nennt diese Lehre eine scholastische, nicht etwa, um sie dadurch zu tadeln, sondern im Gegentheile deshalb, weil sie sich rühmen darf, den gewaltigsten Meister der Scholastik zu ihren Begründern zu zählen. Thomas von Aquino[1]) argumentirt zwar nur für das Eherecht, jedoch aus Gesichtspunkten von allgemeiner Bedeutung. Er kämpfte, wie wir sahen, gegen eine radikale Ansicht, welche jeden Irrthum in den entscheidenden Beweggründen für wesentlich hielt. Er gelangt zu einer Einschränkung durch die sehr gefährliche und noch heutzutage übliche Analogie des Strafrechtes.[2]) Wie das Strafrecht sich nicht um alle Motive der That kümmere, sondern nur um diejenigen, aus welchem der im Gesetze nach seinem Inhalte als strafbar bezeichnete dolus gefolgert werden soll, so könne auch das Civilrecht nur solche Motive der Erklärung als erheblich gelten lassen, aus denen hervorgeht, daß sich der Wille auf diejenigen Punkte gerichtet hat, deren Verabredung das Gesetz zur Vorbedingung

---

[1]) a. a. O. qu. 51 art. 2 sub conclusio.

[2]) Vgl. oben Bd. II, S. 420, Anm. 3.

der Vertragsgiltigkeit macht.[1]) Also sei auch nur der Irrthum in solchen Motiven wesentlich. Dieser sicherlich scharfsinnige Vergleich hinkt in dem entscheidenden Punkte. Das Strafgesetz fragt nach dem Willen, nicht um dem Wollenden entgegenzukommen, sondern um ihn, wenn er strafbar ist, zu züchtigen, es sieht daher auf das Innere dieses Menschen nicht weiter, als es zu diesem Zwecke nöthig ist. Das Civilrecht fragt aber nach dem Willen des Contrahenten, um seinem Inhalte Wirksamkeit zu verleihen, und zwar nicht blos nach demjenigen Theile desselben, dessen Existenz das Gesetz als geringste Vorbedingung seines Schutzes verlangt, sondern auch nach allen den Zusätzen, welche die Partei noch sonst als wichtig beigefügt hat.

Trotz dieses Fehlschlusses erfreute sich die dargestellte Theorie großen Ansehens, da sie den Schein einer tieferen Begründung an sich trägt.[2]) Namentlich beginnt in neuerer Zeit dieser Gedanke auf's Neue sich wiederholten Beifalls zu erfreuen, und zwar nicht nur innerhalb der Theorie,[3]) sondern namentlich auch

[1]) Error autem non excusat a peccato, nisi sit illius circumstantiae, cujus appositio vel remotio faciat differentiam liciti et illiciti in actu, ... unde oportet, quod error qui matrimonium impedit, sit alicujus eorum, quae sunt de essentia matrimonii. Freilich nimmt Thomas weiterhin das Wort „essentiale" in einem besonderen Sinne, da er auch den error conditionis für wesentlich hält, weil die mutua potestas der Gatten, welche durch Sklaverei des einen eingeschränkt werde, ein essentiale der Ehe sei. Er versteht also unter wesentlich nicht blos: das „nach objectivem Rechte Erforderliche", sondern auch das „nach objectivem Rechte Erwünschte".

[2]) Schaumburg (compendium juris digestorum, Jenae 1757, S. 136, §. 5.) spricht von dem error, welcher substantiam negotii concernit, Malblanc (principia juris romani Tubingae 1801, §. 279.) davon, daß der error versatur aut circa essentialia aut accidentalia u. s. w. Uebrigens sind diese Schriftsteller weit entfernt davon, die Consequenz ihrer Lehre ernstlich zu ziehen.

[3]) Vgl. z. B. Voigt, Archiv für civ. Praxis, Bd. 54, S. 80.: „Die Relevanz an sich ist aber ganz allgemein abhängig von zwei Requisiten,

in der Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes.[1]) Diese Lehre ist nicht ohne wahren Kern. Bei einem jeden Dissense in einem essentiale negotii muß ein nichtiger Vertrag vorliegen.[2]) Trotzdem steckt sie das Gebiet des wesentlichen Irrthumes viel zu eng ab. Es giebt viele Umstände, deren Abrede nicht zu den essentialia negotii gehört, hinsichtlich deren aber ein Irrthum zweifellos wesentlich ist. So ist es z. B. durchaus nicht nöthig, daß bei dem Verkaufe einer Sache über deren Eigenschaften besonders verhandelt wird, und doch ist, wie wir gesehen haben, wenn es geschieht, der Irrthum über die Eigenschaften unter Umständen ein Nichtigkeitsgrund. Zweifellos gehört ferner die Setzung einer Bedingung zu den accidentalia negotii und doch liegt ein nichtiger Vertrag vor, wenn eine bedingte Offerte unbedingt acceptirt

daß nämlich 1) der error wesentlich sei, d. h. einen hauptsächlichen thatsächlichen Moment des Rechtsactes betreffe und 2) der Rechtsact, bei dem der error auftritt, empfindlich gegen denselben und somit empfänglich für dessen Effect sei." Vgl. ferner Hölder, krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 579 „und kann nur hier ein solcher Irrthum als wesentlicher angesehen werden, der es nach allgemeinem, vom individuellen Motiv abstrahirenden Maßstabe ist, d. h. ein solcher, der nicht irgend welche außerhalb des Geschäftes liegende Momente, sondern wesentliche Momente des Geschäftes selbst betrifft, dieses seinem inneren Gehalte nach als ein anderes erscheinen läßt." Aus diesem Standpunkte erklärt sich auch die rigorose Lehre Hölders hinsichtlich des error in qualitate, in welcher er Marcellus vor Ulpian bevorzugt (a. a. O. S. 575.) und in welcher Zitelmann, der sonst diesen Standpunkt nicht theilt, ihm, wie wir oben sahen, gefolgt ist.

[1]) Vgl. das schon oben citirte Urtel. Entsch. Bd. 22, Nr. 90, S. 388 ff., vgl. S. 394.: „Unter dem Wesentlichen des Geschäftes, soweit in Betreff dessen Willen und Erklärung auch auf Seiten derselben erklärenden Person nicht abweichen sollen, können nur diejenigen Geschäftsbestandtheile verstanden werden, in Betreff deren das Gesetz eine Willensäußerung erfordert, um ihnen die Rechtswirkung, ein bestimmtes Geschäft darzustellen, zu Theil werden zu lassen."

[2]) Vgl. oben Bd. 2, S. 426, Anm. 1.

wird. Die scholastische Theorie muß also dahin führen, die Hervorhebung von Nichtigkeitsgründen in unzulässigster Weise einzuschränken und dem wahren Parteiwillen den unerträglichsten Zwang anzuthun.

Wie sich auf allen Geistesgebieten gegen den mittelalterlichen Zwang eine Revolution erhob, welche die Fesseln zerbrach und in überschäumendem Drange bisweilen über das richtige Ziel hinausschoß, so auch in der Irrthumslehre. Der Begründer einer neuen Methode ist hier Hugo Grotius.[1]) Er lehrt im Gegensatze zu dem großen Scholastiker, daß der Parteiwille, nicht das objective Recht, die Wesentlichkeit des Irrthumes bestimme. Wir dürfen diese Methode die individualistische oder psychologische nennen. Sie ist es, die zuerst in echt naturrechtlichem Radikalismus Testamente und Verträge über einen Leisten schlägt[2]) und alles von dem Wunsche, welcher die Parteierklärung hervortreibt, abhängen läßt. Man vermied also die Scylla derjenigen Auslegung, welche in der voluntas contrahentium die Erklärungshandlung (statt des Sinnes der Erklärungen) sah und gerieth in eine Charybdis, indem man jenes Wort nunmehr als Bezeichnung der bloßen voluntas contrahendi, des inneren Geschäftswillens, betrachtete. Da dieses ein philosophischer Begriff war, so wandte man sich mit Recht an bewährte philosophische Autoritäten mit der Frage: „Wann schließt der Irrthum die innere voluntas, d. h. den auf den Erfolg einer Handlung gerichteten Willen aus?“ Auf diese Frage giebt es nur eine richtige Antwort: „Jeder

[1]) De jure belli ac pacis lib. II, cap. 11, lib. III, cap. 23.

[2]) So spricht Grotius a. a. O. nicht mehr von Verträgen oder Testamenten, sondern schlechtweg von der Nichtigkeit des durch error bestimmten „actus“. Was hiernach blos eine Ungeschicklichkeit im Systematisiren war, wird heutzutage bisweilen als ein unanfechtbares Axiom zum Ausgangspunkte dogmatischer Erörterungen gemacht.

Irrthum, ohne welchen der Irrende den Erfolg nicht wünschen würde, läßt diesen als einen nicht gewollten erscheinen.[1]) Unsere moderne philosophische Jurisprudenz erkennt freilich diesen Satz nicht an; denn seine Consequenzen stimmen nicht zu den Rechtsvorschriften über die Behandlung dessen, was in den Quellen voluntas contrahentium heißt. Statt nun hieraus zu folgern, daß der Begriff, welchen die Quellen mit diesem Namen bezeichnen, wahrscheinlich ein ganz anderer sei, als die voluntas contrahendi, ziehen sie es vor, den philosophischen Satz aufzustellen, daß nicht alle bestimmenden Irrthümer den Geschäftswillen ausschließen. Der Beitrag, welchen die Jurisprudenz hier der exacten Philosophie darbietet, wird von dieser schwerlich entgegengenommen werden, da die Königin der Wissenschaften sich nicht nach dem corpus juris zu richten braucht.[2]) Freilich gebührt demjenigen, was die Philosophie uns Juristen in der Frage, ob und wie weit das Recht auf den inneren Willen Rücksicht nehmen soll, darzubieten pflegt, noch geringeren Dank. So fühlte sich schon Seneca veranlaßt, den Satz auszusprechen, daß man jedes aus Irrthum gegebene Versprechen brechen könne.[3]) Dies nimmt nun

---

[1]) Vgl. Aristoteles, ethica Nicomachea ed. Ramsauer Lipsiae 1878, lib. 3 cap. 1. S. 138.: *τὸ δὲ δι' ἄγνοιαν οὐχ ἑκούσιον ἅπαν ἐστιν.* S. 142.: *ὁ τούτων τι ἀγνοήσας ἄκων δοκεῖ πεπραχέναι καὶ μάλιστα ἐν τοῖς κυριωτάτοις. κυριώτατα δ'εἶναι δοκεῖ ἐν οἷς πρᾶξις καὶ οὗ ἕνεκα.* Seneca de beneficiis liber IV, cap. 35 omnia esse debent, quae fuerunt cum promitterem, ut promittentis fidem teneas. Vgl. Hugo Grotius de jure belli ac pacis lib. III. cap. 23, §. 3. Et de errore alibi (lib. II, c. 11) diximus, ita jus dare a contractu recedendi, si id, quod per errorem creditum fuit, in mente agentis vim habuerit conditionis.

[2]) So steht z. B. Lasson, System der Rechtsphilosophie 1882 S. 477, trotz der modernen Jurisprudenz noch immer auf dem Standpunkte des Aristoteles.

[3]) Seneca, de beneficiis lib. IV, 35, vgl. Anm. 1, c. 36: demens

die philosophische Richtung der neueren Jurisprudenz nicht an, weil sie mit den Quellen eine gewisse Fühlung sucht. Ganz anders Hugo Grotius. Was waren ihm Papinian und Tribonian? Unumwunden spricht er aus, daß die Giltigkeit des Vertrags nur von dem Wunsche, welcher die Parteierklärung hervortreibt, abhängen kann. Es ist das eine echt philosophisch unjuristische Idee. Es wird nur an den einen irrenden Contrahenten gedacht, der andere wird nicht beachtet,[1]) und von einer Berücksichtigung der Gesammtheit und ihren Interessen an dem Bestehen gegenseitigen Vertrauens im Verkehrsleben ist keine Rede.[2]) Diese Nichtachtung der realen Vorbedingungen, mit denen die Rechtsordnung rechnen muß, um brauchbar zu sein, scheint von Alters her eine specifische Eigenthümlichkeit der Philosophen zu sein, welche sich zum Theile nur zu oft für befugt gehalten haben, über die Gesetze des Weltgetriebes auch da zu urtheilen, wo ihnen die erforderlichen Beobachtungen fehlten.[3])

Daß diese Ansicht noch heute nachwirkt, braucht wohl kaum bewiesen zu werden. In ihrer vollen Consequenz findet sie wohl

est, qui fidem praestat errori. Non est turpe cum re mutare consilium. Nach cap. 39. ibid. zu schließen, scheint Zeno in dieser Lehre verständigere Ansichten gehabt zu haben, wenn er auch vielleicht in der dort ventilirten Frage, in wie weit die stipulatio de mutus dando widerruflich sei, eine allzu rigorose Entscheidung traf (vgl. Bd. 1, S. 158, Anm. 1), welche sich höchstens aus der Stipulationsstrenge rechtfertigt. Seneca scheint übrigens bei jener noch heutzutage schwebenden Frage das mutuum mit dem pactum de mutuo dando zu verwechseln.

[1]) Höchstens insofern, als man die Berufung auf unentschuldbare Irrthümer für unzulässig hielt. So Hugo Grotius de jure belli ac pacis lib. II, cap. 11, §. 6 und noch jetzt auf ähnlichem Standpunkte stehend Lasson, System der Rechtsphilosophie 1882, S. 477.

[2]) Anders Ulpian in der l. 1. pr. dig. de pactis 2, 14. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare.

[3]) Vgl. hierüber Puchta, Cursus der Institutionen Bd. I, §. 32. a. E. und oben Bd. 1, §. 4.

nur noch eine vereinzelte Anerkennung. Diese nothwendige Consequenz ist die Nichtigkeit jeder Abrede, nicht blos bei einer Entstellung ihres Inhaltes in Folge eines Irrthumes, sondern auch bei der Unrichtigkeit solcher Vertragsbedingungen, welche blos gewollt und nicht erklärt sind, mit einem Worte eines jeden einseitigen entscheidenden Beweggrundes.

Trotz der Unrichtigkeit und Verkehrsfeindlichkeit dieser Strömung darf man hier ebenso wenig, wie sonst, mit derjenigen ausschließlichen Mißachtung von dem Naturrechte sprechen, welche leider heutzutage beinahe an der Tagesordnung ist.[1]) Wir dürfen namentlich nicht übersehen, wie jene vorübergehende Loslösung von den Quellen, welche das Naturrecht kennzeichnet, zwar sachlich nicht gerechtfertigt, aber doch heilsam war. Man vergegenwärtige sich die Unübersichtlichkeit des Rechtsstoffes, die Unmöglichkeit mit den damals zu Gebote stehenden Mitteln Abhilfe zu schaffen. Selbst die systematische Riesenarbeit des Donellus[2]) war mit einem Ballaste überlieferter Mißverständnisse beladen und durch die Nothwendigkeit, mit Einzelheiten zu rechnen, viel zu complicirt, um den praktischen Bedürfnissen zu genügen.[3])

---

[1]) Der Vorwurf einer naturrechtlichen Deduction scheint manchem geradezu ein verletzender zu sein. Wenn der Verf. nicht hierin anderer Meinung wäre, so würde er selbst ihn nicht so oft gebrauchen. — Die geringe Berücksichtigung, welche z. B. Wächter (Pandekten, I. §. 15, S. 71) in seiner trefflichen Uebersicht über die Dogmengeschichte der Naturrechtsperiode schenkt, muß ein ganz falsches Bild von der Bedeutung dieser durchaus nicht ruhmlosen Epoche unserer Wissenschaft gewähren.

[2]) Donellus hat auch hier den Naturrechtlern vorgearbeitet (vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1880, S. 137). Dies beweist seine oben erwähnte, freie Stellung zur Lehre von dem Irrthume in den Beweggründen, welche sich von den heutzutage verbreiteten Theorien auf das Vortheilhafteste unterscheidet.

[3]) Dies gilt auch von der oben Bd. 2, S. 542, Anm. 1 citirten Ausführung.

Und doch fühlte man heraus, daß ein brauchbares Recht auch vom legislatorischen Standpunkte aus erklärbar und zugleich einfach sein müsse. So löste man sich von der qualvollen Einzelarbeit los und schrieb dasjenige nieder, was der Gesammteindruck gebot. Man glaubte sich damit von den Quellen freizumachen, man stand jedoch in ihrem Banne und leistete durch dies intuitive Gewinnen der eigentlichen Ziele der Exegese dieser oft einen viel größeren Dienst, als die fleißigen „Mikrologen".

Den glänzendsten Beweis hierfür liefert die Irrthumslehre; denn zur Zeit des Naturrechtes war die Lösung der Hauptfrage schon gefunden, und wenn auch Savigny den Grundgedanken dieser Lösung in seine etwas umständliche Darstellung der Irrthumstheorie aufgenommen hat, so verdankt er es den Vorarbeiten einzelner Naturrechtslehrer, und zwar derjenigen Richtung, welche nicht blos in einer rein zersetzenden und radikalen Tendenz wirkte, sondern auf Grund eigener Lebenserfahrungen die eigentlichen praktisch-politischen Grundideen des römischen Rechtes, unbekümmert um die Ungeschicklichkeit der Exegeten, herausfühlte, weil ihre Vertreter den römischen Juristen congeniale Naturen waren.

Man mußte zu dieser richtigen Ansicht selbst vom Standpunkte der unrichtigen Auffassung der voluntas contrahentium als einer bloßen voluntas contrahendi schon dann kommen, wenn man damit den alten Satz verband, nach welchem jeder Contrahent es sich verbitten darf, daß Beweggründe geltend gemacht werden, die ihm gegenüber nicht als Geschäftsbedingungen erkennbar geworden sind. Daß dem so ist, hat bereits die Glosse anerkannt,[1]) namentlich unterscheidet sie hier schon genau zwischen

[1]) Glossa debetur ad l. 110. §. 1. dig. de verb. obl. 45, 1,

Teſtamenten und Vertragserklärungen. Auch Bartolus[1]) ſpricht es aus, und noch im vorigen Jahrhundert iſt dieſer Grundſatz wiederholt dem radikalen Standpunkte des Hugo Grotius gegenüber hervorgekehrt worden[2].) Sehr mit Unrecht hat man daher dieſe Lehre, welche gegen die Ausſchreitungen einer naturrechtlichen Doktrin aus alten Autoritäten entnommen wurde, für eine willkürliche und unnatürliche Theorie der Naturrechtler ausgegeben.[3])

Hält man an dieſem Satze feſt, ſo laſſen ſich in der That die Fälle des weſentlichen Irrthumes in die oben angedeutete einfache Formel zuſammenfaſſen. Daß dieſes in der That möglich iſt, entging den Juriſten keineswegs. Schon bei Cujacius[4]) findet ſich eine dort leider aus völlig unzutreffenden Gründen verworfene Andeutung der richtigen Anſicht in einem einzelnen Falle, nämlich die Bemerkung, daß Accurſius[5]) die lex 41 §. 1 cit. dig. 18, 1 de contr. empt. auf den Fall bezogen habe, si id fuerit actum nominatim inter contrahentes, ut solida mensa esset ex auro.

Als allgemeines Prinzip erſcheint die richtige Lehre bei Samuel von Pufendorf.[6]) Dieſer bemerkt, nachdem er die Lehre

[1]) Vgl. die additio des Bartolus ad legem 12, dig. de transactionibus 2. 15.: ille quem constat habuisse notitiam alicujus instrumenti praesumitur habuisse notitiam contentorum in eo.

[2]) Vgl. Gundling in den Gundlingiana, St. 33, S. 227, welcher ſich auf Thomaſius beruft. Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilonii 1749, S. 6.

[3]) So Exner, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition, S. 267, Anm. 45. und die dort Citirten, S. 260, Anm. 13a.

[4]) Observat. lib. II, c. 4.

[5]) Glossa Nulla est emptio No. 4 zu der l. 41, §. 1. cit. 18, 1. Vgl. oben S. 458, Anm. 1.

[6]) Samuelis Pufendorf, elementorum jurspriudentiae universalis libri II, Jenae 1669, S. 153 ff.

des Grotius, daß jeder entschuldbare Irrthum über eine conditio sine qua non des Geschäftsabschlusses das Geschäft entkräfte, vorgetragen hat a. a. O. S. 154:

> At vero vix errorem intervenisse dici potest, quando illud non adparet, quod pro conditione non fuit suppositum, expresse aut ex natura negotii.

Seinem Einflusse ist es wohl zuzuschreiben, wenn die richtige Ansicht bei Praktikern mehrfachen Anklang fand. Namentlich lieh ihr Titius einen beredten Ausdruck.[1]) Seine treffende Kritik der casuistischen Methode lernten wir bereits kennen. (S. 551.) Derselbe bemerkt a. a. O. S. 338:

> Causa impellens extra casum specialis destinationis, quae hic facta non erat, ad negotium non pertinet.

Man höre ferner Berger,[2]) welcher sich über den Gesichtspunkt, nach welchem die Wesentlichkeit des Irrthumes zu bestimmen ist, folgendermaßen äußert:

> In dubio, quid actum sit, colligi ex intentione partium eaque declarata ex consuetudine personae loci.

Man beachte ferner Kern, de errore contrahentium 1806 Gottingae S. 34, welcher die falsa causa dann für einen Nichtigkeitsgrund hält:

---

[1]) Freilich in einem sehr schlechten Latein. Vgl. Observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum auctore Gottlieb Gerh. Titio, Lipsiae 1717, S. 236 ff. Derselbe hat auch observationes de Pufendorfio (1703) geschrieben (vgl. das Rechtslexikon von v. Holtzendorff unter Titius), stand also unter Pufendorfs Einfluß. Lauterbach (collegii theorico-pract. p. I. Tubingae 1714. S. 1183) schloß sich dem oben so genannten scholastischen Princip an (vgl. oben S. 552), argumentirte aber im Einzelnen durchaus aus richtigen Gesichtspunkten (vgl. a. a. O. cap. 110, p. 1185)

[2]) Jo. Henrici de Berger, oeconomia juris, Lipsiae anno 1734. §. 17, S. 669.

si causa conditio pacto est adjecta.

Hierher gehört auch Bigot:[1])

> l'erreur dans les motifs d'une convention n'est une cause de nullité, que dans les cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition, dont il soit clair, que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement.

Der Verfasser vermag nicht einzusehen, daß hier die Wesentlichkeit einer irrigen Voraussetzung davon abhängig gemacht werde, ob sie den „Willen nicht blos bestimmte, sondern eine vom wirklichen Willen abweichende Erklärung bewirkte".[2]) Sie soll nach der mitgetheilten Ansicht Bigots davon abhängen, ob die Richtigkeit ihres Gegenstandes als Inhalt einer Vertragsbedingung in der Erklärung hervortritt. Dies ist aber in der That die richtige Ansicht.[3])

Daß auch in der neueren Zeit der richtige Grundsatz wenigstens in einzelnen Anwendungen vorkommt, ward schon oben erwähnt.[4]) Geradezu ausgesprochen findet er sich noch bei Göschen,[5]) woselbst der wesentliche Irrthum als derjenige definirt wird, welcher sich auf den Inhalt der Willenserklärung im Gegensatze zu dem nicht in diesen Inhalt aufgenommenen Motive bezieht.

Schließlich würde es ungerecht sein, wenn neben den oben angefochtenen Erkenntnissen des Reichsoberhandelsgerichtes nicht

---

[1]) Disc. publ. V. p. 9 citirt bei Windscheid, zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, S. 253.

[2]) Wie Windscheid a. a. O. anzunehmen scheint.

[3]) Eine nähere Würdigung der Particularrechte behält der Verfasser einer anderen Gelegenheit vor.

[4]) Bd. 2, S. 451, Anm. 2.

[5]) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Auflage, Bd. I, Göttingen 1843, §. 87.

auch einige andere erwähnt werden würden, welche mit der richtigen Ansicht eine unverkennbare Fühlung haben. So wurde z. B. die Behauptung seitens einer Lebensversicherungsgesellschaft, daß ein Versicherungsnehmer durch Nichtanzeige von Krankheiten seine Vertragsrechte verwirkt habe, unter anderem auch deshalb zurückgewiesen, weil es sich nur „um leichte Unpäßlichkeiten" gehandelt habe.[1]) Daraus dürfte hervorgehen, daß die Abwesenheit eines Irrthums über schlimmere Uebel als stillschweigende Geschäftsbedingung angesehen sein würde. In ähnlicher Weise kann man allenfalls aus den Schlußworten eines Urtels, welches es für einen unwesentlichen Irrthum erklärt, wenn ein Zeichner von Aktien an die Echtheit des Prospektes des Aktienunternehmens fälschlich glaubt, — allerdings nicht mit völliger Bestimmtheit — entnehmen, daß bei einer Unrichtigkeit des Prospektes im entgegengesetzten Sinne entschieden sein würde.[2]) Wenn endlich die Abrede einer Consortialbetheiligung bei einem erkennbaren Irrthume über den Procentsatz, nach welchem in Ausführung des Consortialunternehmens Aktien begeben werden sollten, und somit nur über die Höhe gehofften Gewinnes für nichtig erklärt wird,[3]) so ist dies nur vom Standpunkte der richtigen Lehre, nicht aber von demjenigen der üblichen Irrthumskategorien zu rechtfertigen.

Diese allein quellenmäßige Methode kann man die Methode der Vertragsauslegung nennen; denn sie bestimmt die Wesentlichkeit des Irrthums durch Interpretation der Vertragserklärungen.

Wodurch sie ihre Herrschaft verlor, liegt auf der Hand. Die Nichtachtung der Gesetzestexte war ihre tragische Schuld,

[1]) Entsch. Bd. 11, Nr. 46, S. 134, 135, woselbst von ausdrücklichen Vertragsbestimmungen abgesehen ist.

[2]) Entsch. Bd. 20, S. 248, Nr. 68.

[3]) Entsch. Bd. 15, S. 249, Nr. 71. Alle drei letztangeführten Urtheile betreffen das Gebiet des preußischen Landrechts.

durch welche ſie zu Falle kam.[1]) Man ſuchte wieder, wie es ſich gehörte, Fühlung mit den Quellen, und dabei verſchlang die cainiſtiſche Methode die richtige. Zuerſt erſcheint ſie als Dienerin der richtigen Anſicht, d. h. die Cainiſtik tritt im Rahmen des allgemeinen Princips auf,[2]) ſchon bei Savigny überwiegt die cainiſtiſche Behandlung, innerhalb deren jedoch die richtige Methode der Vertragsauslegung, namentlich der Feſtſtellung des Parteiwillens aus dem Parteiintereſſe in meiſterhafter Weiſe gehandhabt wird,[3]) bei den Neueren droht das richtige Princip innerhalb des cainiſtiſchen Rahmens ganz zu verſchwinden[4]), und ſogar das ſcholaſtiſche neu aufzuleben. Statt deſſen wird als Grundlehre des Ganzen vielfach die naturrechtliche Theorie des Hugo Grotius, daß der innere Parteiwille entſcheide, wieder aufgenommen, jedoch nicht zu ihrer Conſequenz, der Erheblichkeit des Irrthums in den Beweggründen, durchgeführt, ſondern eingeſchränkt durch die ſcholaſtiſche Lehre, daß der Irrthum ſich auf einen weſentlichen Geſchäftsbeſtandtheil beziehen müſſe, und durch die

---

[1]) Man beachte z. B. die leichtfertige Bemerkung des Titius (a. a. O. S. 336): Haec naturalia sunt, eaque hodie obtinere, immo et apud Romanos in foro obtinuisse arbitror. Mit einer ſolchen Begründung können freilich die Anhänger der hiſtoriſchen Schule nicht zufrieden ſein.

[2]) So namentlich bei Sam. Coceji, introductio ad Grotium illustratum Halae 1748. p. 368. Vgl. auch Glück, Pandekten Bd. 16, S. 18.

[3]) Vgl. ſeine trefflichen Entſcheidungen, Syſtem III, S. 298 ff. Ein Rückfall in den Geiſt der pedantiſchen Stubengelehrſamkeit, oder richtiger eine wohl ſchwerlich allzu ernſt gemeinte Conceſſion an denſelben, iſt Savignys Behauptung (S. 277), daß mit der Berückſichtigung des Verkehrsüblichen der ſtrenge juriſtiſche Boden verlaſſen werde, als ob nicht die Auslegungskunſt, ein Hauptzweig der Jurisprudenz, fortwährend mit dieſem Verkehrsüblichen rechnete und zu allen Zeiten gerechnet hätte.

[4]) So bei Bruns, welcher in den Pandektenfragmenten S. 486. bemerkt, daß es hier auf das Moment des Werthes und Schadens eigentlich nicht ankomme.

Rücksicht auf die anscheinend unsterbliche glossatorische Casuistik. So lesen wir aus den gangbaren Lehrbüchern im Allgemeinen heraus, daß alles auf den inneren Willen ankomme (Hugo Grotius), aber nur, soweit er sich auf die essentialia negotii richte (Thomas von Aquino), und daß daher die in den Quellen erwähnten Beispiele wesentlichen Irrthumes, nach dem Gegenstande des Irrthumes gruppirt, die Fälle der Wesentlichkeit des Irrthumes erschöpfen (Glosse), der Irrthum über andere Gegenstände aber in der Seele des Contrahenten blos als Irrthum in den Beweggründen figurire.

Eine gewisse Ideenmannigfaltigkeit ist einer derartigen Irrthumslehre nicht abzusprechen,[1]) trotzdem sind die Widersprüche dieses Complexes unvereinbarer Grundsätze handgreiflich. Darum ist es ein zweifelloses Verdienst Zitelmanns, in seinem mehrfach genannten Werke die Reste der casuistischen und der scholastischen Methode aus der herrschenden Irrthumslehre ausgeschieden zu haben.[2]) Namentlich hat er es klargestellt, daß der wirkliche, lebendige Contrahent, wenn er sich den Inhalt des beabsichtigten Geschäftes im Innern zurechtlegt, oder, wie Zitelmann es nennt, seine Absicht individualisirt, dabei nicht blos auf diejenigen

[1]) Auch das preußische Landrecht, (Th. I, Tit. 4, §§. 75 ff.) enthält offenbar das scholastische Princip mit casuistischen Zusätzen, doch ohne jede psychologische Zuthat. Die Polemik des Verf. gegen die besprochenen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes (oben 535, 554) trifft also auch vom Standpunkte des preußischen Rechtes aus zu, zumal jene Vorschriften als bloße leges dispositivae nur da gelten wollen, wo nicht die Vertragsauslegung zu einem anderen Ergebnisse führt. Dies ist aber gerade in der Irrthumslehre der Fall.

[2]) Vgl. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 491 und 496.: „Jeder Bestandtheil des Rechtsgeschäftes ist rücksichtlich des Irrthumes und des Dissenses von gleicher juristischer Bedeutung.“ Auch Bekker, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 22, S. 54. warnt die Gesetzgeber vor scholastischen Kategorieen.

Punkte Gewicht legt, welche im objektiven Rechte als wesentliche Vorbedingungen der Geschäftsgiltigkeit erwähnt sind.[1]) Eine derartige Rücksicht auf die Vorschriften des objektiven Rechtes findet sich höchstens bei einem im Studirzimmer erdachten Homunculus, welcher immer nur dasjenige denkt und will, was sein Schöpfer gerade verlangt, um daraus seine Theorie zu beweisen. Eine bloße Consequenz jener scholastischen Idee, welche die Vertragsauslegung durch Bezugnahme auf das objektive Recht verdrängen will, war die Ansicht einiger Neueren, welche nicht blos die Antwort auf die Frage nach der Wesentlichkeit des Irrthumes, sondern überhaupt den Inhalt der Vertragswirkung direkt der Gesetzesnorm zu entnehmen suchte. In der Opposition gegen diese Strömung ist Zitelmann in jeder Hinsicht beizutreten (vgl. oben Bd. 1 §. 12.) Darum stehen auch die allgemeinen Schlußresultate, zu welchen Zitelmann gelangt, denjenigen Ergebnissen, welche der Verfasser gewonnen hat, in ihrer Formulirung schließlich gar nicht so fern, als man es nach der Verschiedenheit der Ausgangspunkte und der Einzelergebnisse erwarten sollte, sofern man von dem „Irrthume im Bewußtsein" absieht.[2]) Beide stimmen ferner darin überein, daß der Irrthum bei dem Dissense wesentlich ist, sowie darin, daß der Vertrag bei Ausfall einer conditio in praesens relata nichtig ist. Zitelmann hält auch die

---

[1]) Vgl. auch schon Dernburg, Lehrb. des pr. Privatrechtes, Bd. I §. 77, Anm. 1. Einen interessanten Versuch eines Mittelweges zwischen der Rücksicht auf objective und auf subjektive Wesentlichkeit vgl. bei Brinz, Pand. S. 1409.

[2]) Vgl. dagegen Bd. 2, S. 546, Anm. 1, Bd. 1, S. 271, Anm. 3. Freilich erwähnt schon Aristoteles den Bewußtlosen neben demjenigen, welcher zwar seines Bewußtseins mächtig ist, in demselben jedoch nicht die richtigen Vorstellungen von der Sachlage hat, will aber beide unterschieden wissen. (Ethica Nicomachea edidit Ramsauer Lipsiae 1878. lib. III, cap. 1. S. 139.: ἕτερον δ'ἔοικε καὶ τὸ δι' ἄγνοιαν πράττειν τοῦ ἀγνοοῦντα ποιεῖν.)

nichterkennbare Differenz der Absichten für erheblich, meint jedoch, daß man sich in der Regel nicht darauf berufen dürfe, wodurch jene Erheblichkeit praktisch doch beinahe negirt wird; daß es bei der Frage nach der Wesentlichkeit des Punktes, über den geirrt wird, nicht auf die Rechtsnorm, sondern auf die Partei ankommt, ist gleichfalls von ihm erwiesen worden. Die tiefgreifende Differenz zwischen seiner Irrthumslehre und derjenigen des Verfassers besteht also nur in der Exegese, namentlich hinsichtlich der Worte consensus und voluntas, und in der außerordentlichen Einschränkung des Begriffes „stillschweigende Bedingung", bei Zitelmann, welcher dieses Rechtsinstitut zwar nicht ausdrücklich verwirft, jedoch nicht in entsprechender Weise verwerthet.[1])

Zum Schlusse glaubt der Verfasser noch einige Worte über die Unmöglichkeit einer Vereinigung der unhaltbaren psychologischen Grundidee der herrschenden Irrthumslehre mit der üblichen Casuistik deshalb beifügen zu müssen, weil kürzlich in dieser Richtung ein höchst beachtenswerther unvollendeter Versuch von Bruns unternommen worden ist.[2]) Gegen dieses Unternehmen sprechen, abgesehen von der Unhaltbarkeit der exegetischen Grundlage der psychologischen Methode, namentlich auch praktische Bedenken. Die Zahl der Kategorieen, mit welchen hiernach würde operirt werden müssen, müßte eine ausnehmend große werden, die Casuistik daher eine für die Praxis kaum brauchbare Mannigfaltigkeit enthalten. Sehen wir von den blos begleitenden und nach-

[1]) Schließlich dürfen wir nicht übersehen, daß, nachdem erst einmal psychologische Irrthümer in die herrschende Lehre eingewoben waren, der Weg der Wissenschaft nur noch „durch die Psychologie hindurch über die Psychologie hinaus" führen konnte. Den schwierigsten und undankbarsten Theil dieses Weges haben die Untersuchungen Zitelmanns zurückgelegt und wenn wir auch nicht an diesem Ziele stehen bleiben dürfen, so können wir doch den Dank für die bis dahin gebahnte Straße nicht schuldig bleiben.

[2]) Pandektenfragmente, kleinere Schriften, Bd. II, S. 480 ff.

hinkenden Irrthümern ab, welche Bruns a. a. O. zwar erwähnt, aber ſicherlich für unerheblich hält, ſo müßten wir in Anlehnung an Unterſcheidungen, welche von Bruns gemacht ſind, bei jedem Vertragsſchluſſe fünf pſychologiſche Stadien von einander trennen, von welchen zwei in der Seele des Offerenten und drei in der Seele des Acceptanten liegen würden. In der Seele des Offerenten müßten wir zunächſt die Zeit bis zu dem Entſchluſſe zu der Vertragserklärung, und ferner die Einkleidung des auszuſprechenden Gedankens in die definitive Aeußerung zu unterſcheiden haben.[1]) Beides verwiſcht ſich in der Wirklichkeit meiſt zu einer untrennbaren Einheit, läßt ſich jedoch bisweilen deutlich unterſcheiden, namentlich wenn ſich jemand im Auslande zunächſt eine Erklärung in der eigenen Sprache im Inneren formulirt und ſie ſodann in die Sprache ſeines Aufenthaltsortes überſetzt.[2]) In beiden Stadien kann, wie Bruns hervorhebt, der Contrahent auf eine falſche Fährte gerathen. In der Seele des Acceptanten müßte man, wenn man conſequent ſein will, in entſprechender Weiſe unterſcheiden. Hier kann zunächſt ſchon bei der Wahrnehmung der Offerte ein Irrthum obwalten, ſei es nun wegen einer Entſtellung der Erklärung auf dem Wege vom Offerenten zum Ac-

[1]) Dieſe Unterſcheidung macht Bruns (a. a. O. S. 481) nur hinſichtlich des error personae, ſie greift aber in gleicher Weiſe auch in allen anderen Irrthumsfällen Platz.

[2]) Auch der oben Bd. 2, S. 324 ff. beſprochene Fall, in welchem jemand das „im Stalle befindliche Pferd" kauft, während er eigentlich ein anderes, über deſſen Standort er ſich irrt, haben will, kann ſich in ſeinem Inneren möglicher Weiſe auch ſo abſpielen, daß er einen beſtimmten Entſchluß auf das richtige Pferd richtet, nur demonstrandi causa mit der Erklärung auf den Stall hinweiſt und ſich dabei vergreift. Eben deshalb, weil dieſe Möglichkeit ebenſo gut vorliegt, wie die oben geſchilderte, und weil in ſolchen Fällen weder der Irrende und noch weniger Dritte es der Regel nach wiſſen, wie ſich dieſer innere Proceß verhalten hat, kann es unmöglich auf die im Texte beſprochene ſubtile Unterſcheidung ankommen.

ceptanten, sei es aus Mißverständniß. Sodann kann zwischen dieser Wahrnehmung durch den Adressaten und dem Entschlusse zu der Antwort die Erinnerung an die Offerte leicht durch Gedächtnißschwäche entstellt werden und schließlich drittens bei der Ausführung dieses Entschlusses ein Irrthum vorfallen. Lehrt man nun z. B., daß der Irrthum über die Person stets wesentlich sei,[1]) so wird man nach diesen fünf psychologischen Stadien fünf verschiedene errores personae annehmen müssen. Bedenkt man nun ferner, daß die Person erstens als Erzeuger der Erklärung,[2]) zweitens als deren Adressat, drittens als Mandant, viertens als Dritter, zu dessen Gunsten contrahirt wird, fünftens als Subjekt eines Bedingungssatzes und sechstens als Geschäftsobject bei Verträgen vorkommen und einer Verwechslung unterliegen kann,[3]) so würde der error personae allein $6 \times 5 = 30$ verschiedene Klassen psychologischer Thatbestände umfassen müssen. Man denke sich dies nun so weiterhin durch das ganze Schema der Kategorieen durchgeführt, und man wird zugeben, daß aus den hier angefochtenen Principien ein sehr complicirter Bau aufgeführt werden muß, sobald man sie in erschöpfender Weise praktikabel

---

[1]) Bruns freilich theilt a. a. O. nach anderen eigenartigen Gesichtspunkten ein, doch ist seine Arbeit unvollendet geblieben.

[2]) Vielleicht gehört auch hierher, d. h. zu der Lehre vom Irrthume über die eigene Person, die lex 15. dig. de acqu. vel om. 29, 2. Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare. Die Stelle kann aber auch an den Fall denken, in welchem z. B. ein Emancipirter irriger Weise die Ungiltigkeit seiner Emancipation annimmt. Brinz erwähnt S. 1414 als Fall eines Irrthumes über die eigene Person die lex 14. dig. qui testam. 28, 1. (Paulus): Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat, dominum decessisse aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, doch handelt es sich hier wohl um einen Irrthum über eine Eigenschaft der eigenen Person, nämlich ihre Rechtsfähigkeit.

[3]) Vgl. oben Bd. 2, S. 408, 409.

machen will. Dies würde ja sicherlich die Richtigkeit dieser Principien für sich allein nicht widerlegen; doch ist es kaum wahrscheinlich, daß eine solche Lehre wirklich aus der römischen Praxis heraus entstanden ist. Man bedenke dabei die Abneigung der gesammten antiken Denk- und Ausdrucksart gegen jene feinen psychologischen Gliederungen, welche unsere modernen Geistesschöpfungen, namentlich unsere Dichtungen, von denjenigen des Alterthumes unterscheiden. Aus ihr erklärt es sich auch, warum die Römer so vielfach schlankweg den Inhalt der Erklärung des Willens voluntas nannten und die Zustimmungserklärungen consensus, zugleich auch, warum man bei der Verdeutschung dieser Worte sich vergriff.

Wenn überhaupt irgendwo die Dogmengeschichte den Weg weist, welchen die Wissenschaft zu gehen hat, so ist es hier der Fall. Der richtige Gedanke hat aufgegeben werden müssen, als man ihn in den Quellen nicht zu finden glaubte. Unter seiner Nachwirkung aber erweist es sich als möglich, durch Benützung der Ergebnisse der neueren Wissenschaft denselben Gedanken zu entwickeln, aber dieses Mal aus den Quellen heraus, also auf festem Boden. Dadurch erlangen wir aber das Recht, das Gemisch scholastischer und naturrechtlicher Irrthümer, mit dessen inneren Widersprüchen wir uns quälen, fortzuwerfen und statt seiner den einen richtigen Satz anzuerkennen:

> Wesentlich ist der Irrthum, dessen Abwesenheit zur erkennbaren Geschäftsbedingung gemacht worden ist.

§. 32.

Die Hemmnisse der richtigen Ansicht.

Der positive Theil der Irrthumslehre des Verfassers erschöpft sich in dem unbestreitbaren Satze, daß es auch stillschweigend erklärte conditiones in praesens relatae giebt, der negative gipfelt in der Behauptung, daß dieser Satz zu einer vollständigen Erklärung der Irrthumslehre ausreicht, und folgt aus der zum Ausgangspunkte gewählten Berichtigung der üblichen Uebersetzung des Wortes consensus. Es bleibt nun noch ein sehr beachtenswerther Einwand zu befürchten, nämlich, daß die Herrschaft der unrichtigen Uebersetzung eines so fundamentalen technischen Ausdruckes schlechterdings nicht ohne Weiteres für möglich gehalten werden kann.

Allein auch dieser anscheinend unglaubliche Umstand läßt sich theils aus äußeren, theils aus inneren Ursachen genügend erklären.

Wenn auch die angefochtene Uebersetzung des Wortes consensus nach des Verfassers Meinung der Lehre Savignys nicht zu Grunde liegt, so ist doch ihre Neubelebung nur die Wiedergeburt eines alten Irrthumes.

Schon der von Haenel[1]) mitgetheilte Streit zwischen einigen Glossatoren darüber, ob die lex 2 pr. dig. de judiciis 5, 1 auch auf den Fall eines Einzelirrthumes zu beziehen sei, macht es zweifelhaft, ob nicht Bassianus und Azo, welche die unrichtige Ansicht[2]) vertreten, quia oportet uterque consentiat, unter consentire eine innere Uebereinstimmung verstanden haben. Auch bei Cujacius findet sich eine Stelle, welche zu seiner Definition des consensus[3]) wenig paßt.

[1]) Dissensiones dominorum ed. Haenel, Lipsiae 1834, S. 363.

[2]) Bd. 1, S. 28 ff., Bd. 2, S. 384.

[3]) Bd. 1, S. 25, Anm. 1.

ad legem 15 dig. de jurisdictione 2, 1. (opera Neapoli 1722. t. 7 pag. 96 c.): Errori inest ignorantia quae scientiae contraria est, si scientiae, et sensui igitur: nam sensus nobis datus est scientiae capessendae gratia: et rursus, si sensui, et consensui igitur.

Gundling (Gundlingiana Halle 1724 Stück 33) §. 23 S. 239, spricht von einem Irrthume, der „den consensum afficiret oder die Maliz aufhebt.“ Es heißt dort: „Wer nach einem Raben wirft und trifft seine Stief-Mutter, und spricht alsdann: ne sic quidem male, der wird erkennen, quod suus error non attingat consensum eumque non tollat.“[1]) Ebenda wird §. 28 S. 240 das Wort „consensus“ zur Bezeichnung des animus legandi verwendet. Noch deutlicher drückt sich Gundling ebenda S. 211 §. 10 aus: „so werden wir ersehen, daß absonderlich in den Handhabungen ein consensus oder Ueberlegung erfordert werde.“[2])

Bei den meisten älteren Juristen läßt sich, da sie lateinisch schreiben und den Begriff des consensus als bekannt voraussetzen, in der That nicht feststellen, ob sie ihn richtig aufgefaßt haben.[3]) Es scheint bei den meisten, sogar, wie wir sahen, bei Cujacius, ein gewisses Schwanken obgewaltet zu haben.

Der Verfasser glaubt die Wurzel dieser unerfreulichen Erscheinung bezeichnen zu können. Sie liegt nicht blos in der schon oben erklärten unrömischen Auffassung der Worte voluntas con-

---

[1]) Dies ist offenbar eine ungehörige Vermischung von Recht und Moral. Vgl. aber auch l. 1. §. 14. dig. de vi 43, 16.

[2]) Es ist dies eine interessante Illustration zu der divinatorischen Bemerkung Hölders (krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14, S. 583), daß in der üblichen Irrthumslehre eine fundamentale Verwechslung von „Wissen und Wollen“ vorliegen müsse.

[3]) Die oben als richtig anerkannte Identificirung von consensus und conventio findet sich übrigens auch in Arnoldi Vinnii partitionum juris civilis libri IV. Roterdami 1664. Lib. II, c. IV. p. 212.

trahentium, ſondern geradezu in einer falſchen Definition des consensus, die an der Stelle, an welcher ſie ſich findet, eine für die Irrthumslehre grundlegende Bedeutung erlangen mußte. Schon oben wurde mehrfach [1]) nachgewieſen, welchen überwiegenden Einfluß die doctores utriusque juris den canoniſtiſchen Lehren auch auf dem Civilrechtsgebiete eingeräumt haben. [2])

Eine für die geſammte canoniſtiſche Irrthumslehre grundlegende Definition des consensus iſt nun aber diejenige des Gratianus, von welcher es ungewiß iſt, ob ſie ſeiner eigenen Latinität oder derjenigen des Petrus Lombardus entſtammt. [3]) Die Stelle lautet: Causa 29 qu. 1. §. 1. Consensus est duorum vel plurium sensus in idem. Qui autem errat, non sentit: non ergo consentit, id est, simul cum aliis sentit. Es unterliegt keinem Zweifel, daß wir im Verfaſſer dieſes §. 1. den älteſten Vertreter der vom Verfaſſer angefochtenen Anſicht zu ſehen haben. Wir ſehen hier ein Seitenſtück jener bekannten Stelle vor uns, in welcher die bona fides des Erſitzenden mit dem religiöſen Glauben confundirt wurde, [4]) ein Ergebniß jener Tendenz, vermöge deren der Mönch und der Cleriker die aus dem thatſächlichen äußeren

[1]) Bd. 2, S. 411 ff.

[2]) Ueber dieſen Einfluß im Allgemeinen vgl. auch noch Stintzing, Geſchichte der deutſchen Rechtswiſſenſchaft. München und Leipzig 1880. S. 113. Roßhirt, Dogmengeſchichte des Civilrechts. Heidelberg 1843. S. 423 ff. Was die Irrthumslehre im Beſonderen betrifft, ſo iſt hervorzuheben, daß die glossa absentem zur l. 9. dig. de contrah. emptione 18. 1. bereits mit dem Beiſpiel der Ehe argumentirt. Ebenſo z. B. Lauterbach, collegii theorico-practici pars prima Tubingae 1714. p. 1184, cap. 107. Vgl. oben Bd. 2, S. 420, Anm. 1.

[3]) Vgl. oben Bd. 2, S. 411, Anm. 1.

[4]) Cap. 20, X. de praescr. 2, 26. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est etc. Auch dies iſt als eine durchaus unrömiſche Verquickung äußerer Thatbeſtände mit Seelenzuſtänden anzuſehen, vgl. Bruns, das Weſen der bona fides bei der Erſitzung, 1872.

Leben entſprungenen Rechtsbegriffe in das ihnen heimiſche pſychologiſche Gebiet hinüberziehen. Warum Gratianus ſo überſetzte, liegt auf der Hand. Die Ehe als Familienrechtsvertrag geſtattet eine Anfechtung auch wegen nicht erkennbaren weſentlichen Irrthumes. Es folgt dies aus dem vermuthlichen Parteiwillen, welcher derartige Verträge in ſolcher Weiſe ſtillſchweigend bedingt.[1]) Eine tiefere Einſicht in das Weſen ſolcher ſtillſchweigenden Bedingungen kann von einem Juriſten des 12. Jahrhunderts nicht verlangt werden; inſtinctiv traf er aber doch das Richtige und glaubte es aus dem Begriffe des consensus herleiten zu können, welcher ſich ihm, wie es oft bei ſolchen Deductionen geſchieht, ſo darſtellte, wie er ihn eben brauchte, um daraus die Weſentlichkeit auch nicht erkennbarer Irrthümer folgern zu können. Dieſe Lehre erhielt eine höhere Weihe durch die Autorität des Thomas von Aquino, welcher, wie wir ſahen, ihr eine tiefere Begründung gab, obwohl er jenen philologiſchen Fehler des Gratianus vermeidet.[2])

So wurden Eheabſchlüſſe und Vermögensrechts-Verträge zu einer gemeinſamen Theorie verſchmolzen. Schon oben S. 412 ff. ſahen wir, daß dasjenige, was bei jenen im Intereſſe des chriſtlichen Sittengebots nothwendig war, die Einſchränkung der Nichtigkeitsgründe auf beſtimmte, quellenmäßig genau umgränzte Fälle, auch bei anderen Vertragsſchlüſſen durch die Herrſchaft der gloſſatoriſchen Caſuiſtik in unpaſſender Weiſe zur Geltung gebracht wurde.

Genau in derſelben Weiſe wurde hier auch die Berückſichtigung blos innerlicher Abſichten, welche bei der Ehe aus ihrer Familien-

---

[1]) Vgl. oben Bd. 1, S. 264.

[2]) Vgl. summa totius theologiae supplem. tertiae partis articulus II. quaestio 51, conclusio, woſelbſt der consensus als ein voluntatis actus, alſo als eine Handlung, richtig bezeichnet iſt.

rechtsnatur folgte, zwar nicht geradezu und ausdrücklich, aber doch im Prinzipe auch bei Vermögensrechtsverträgen zugelassen.

Freilich wirft sich hier die Frage auf, warum nicht gegen jene irrige Deduction des Eherechtes aus der allgemeinen Vertragsnatur Protest erhoben worden ist. Man übersehe aber nicht, daß es sich hier um einen Text handelt, an dessen Autorität man nicht leicht rüttelte. Die Ehe war und ist die Grundlage des christlichen und sittlichen Zusammenlebens. Das Christenthum bedurfte dringend einer Vorschrift von derjenigen Tendenz, wie sie Gratians Theorie entwickelte. [1]) Letztere Theorie aber stand und fiel mit der Richtigkeit jener fehlerhaften Deduction aus dem Begriffe des consensus. Im Mittelalter würde ein Vorgehen gegen eine solche Grundsäule des kirchlichen Lebens undenkbar gewesen sein. Allein auch innerhalb des Protestantismus haben von jeher im Gegensatz zu dem ursprünglichen ungestümen Vorgehen Luthers wider das corpus juris canonici die besonneneren Elemente es wohl erkannt, daß ihre Opposition gegen die Sakramentsnatur der Ehe leicht zu einer rationalistischen Verweltlichung des Eherechtes führen könnte und in ihrem Kampfe gegen das canonische Recht ein gewisses Maß innegehalten. [2]) So ist denn auch die protestantische Irrthumslehre zwar freier, als diejenige Gratians, aber doch von einer ähnlichen Einschränkung der unbedingten Rücksicht auf den Parteiwillen getragen. Deshalb ließ man jene Quellenstelle unangetastet. Der richtige Weg würde freilich dahin geführt haben, die irrthümliche Deduction Gratians zu verwerfen und doch ihre Resultate, wenn auch vielleicht ein wenig gemildert, aus gesetzgeberischen Gründen beizubehalten. Man darf indessen von dem sechszehnten und siebzehnten Jahr-

[1]) Bd. 2, S. 412.

[2]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 273 ff.

hunderte höchstens einen gewissen legislatorischen Instinct, keineswegs aber die Fähigkeit zu Argumentationen aus den Zwecken und Zielen des Rechtes verlangen. Damals hätte eine Zerstörung der philologischen Autorität Gratians auch seine juristische vernichtet, und davor hütete man sich sehr wohl und nicht ohne Grund. Freilich hat der Umstand, daß man die irrthümliche Verschmelzung des Eherechts mit der Vertragslehre duldete, gerade diejenige Folge gehabt, welche man vermeiden wollte. Während man, wie wir sahen, im Mittelalter in Folge dieser Vermischung die Anfechtung nichtiger Vermögensrechtsverträge in ungebührlicher Weise eingeschränkt hatte, weil man sie unter die Grundsätze des Eherechts zwängte, hat später umgekehrt die naturrechtliche, rationalistische Doctrin durch eine unpassende Anwendung der richtigen allgemeinen Vertragslehren auf das Eherecht dieses letztere in eine geradezu gemeingefährliche Laxheit hineingedrängt.[1]) Daß man gegen solche Irrlehren die Theorie von der grundsätzlichen Gleichgültigkeit der Beweggründe und von der Unzulässigkeit stillschweigender conditiones in praesens relatae schroff hervorhob, war für das Eherecht eine Wohlthat. Es ist dies eben nur eine Seite jener allgemein als berechtigt anerkannten scharfen Reaction gegen das laxe Eherecht des vorigen Jahrhunderts. Statt daß aber dabei die unnatürliche Verbindung der Ehetheorie mit der Vertragslehre auch in dem Capitel vom wesentlichen Irrthume durchgeführt worden wäre, hat man leider hier die allgemeine Vertragstheorie dasjenige entgelten lassen, was bei der Lehre von der Ehe gesündigt worden war. Schon bei Savigny, welcher bekanntlich selbst ein Reformator der Behandlung des Eherechts war, werden die stillschweigenden Bedingungen nur in einer Anmerkung erwähnt,[2]) bei den Neue-

[1]) Vgl. oben Bd. 2, S. 417, Anm. 2.

[2]) System III, S. 283, Anm. l.

ren verſchwinden ſie gänzlich, indem man ſie mit den conditiones juris in quellenwidriger Weiſe identificirt.[1]) Ueberhaupt erfreuen ſich die ſtillſchweigenden Erklärungen einer entſchiedenen Mißgunſt. Man zieht es vor, lieber von den Quellen abzuweichen[2]) und eine Reihe wohlbezeugter ſtillſchweigender Erklärungen den Quellen zuwider mit dem Namen präſumirter und fingirter Erklärungen zu belegen, ſtatt daß man ſie, wie oben geſchehen iſt, in dem vollen Umfange definirte, in welchem ſie uns aus den Quellen entgegentreten. Verkümmert man freilich das Inſtitut der ſtillſchweigenden Erklärung, ſo bedarf es noch allerhand poſitiver Kategorieen weſentlichen Irrthumes, um in denjenigen Fällen, in welchen die Richtigkeit eines Umſtandes zur ſtillſchweigenden Bedingung gemacht iſt, wenigſtens einigermaßen Abhilfe zu ſchaffen. Die Lehre von der ſtillſchweigenden Erklärung war alſo für den Verfaſſer eine unumgängliche Vorſtufe zu ſeiner Irrthumstheorie.[3])

In der Verkümmerung der Lehre von der ſtillſchweigenden Erklärung und Bedingung liegt das eigentliche Hemmniß der richtigen Theorie. Fragt man nun nach dem tieferen Grunde dieſer Erſcheinung, ſo will der Verfaſſer offen heraus ſagen, wie er darüber denkt: Man wagt ſich inſtinctiv hier nicht an die Reconſtruction des klaſſiſchen römiſchen Rechtes heran, weil man es fürchtet. Man leſe nur die Klagen der Canoniſten über die Gefahren der Zulaſſung der ſtillſchweigenden Bedingung,[4]) und

[1]) Das preußiſche Landrecht kennt zwar Bedingungen, welche ſich auf vergangene Umſtände beziehen (Th. I, Tit. 4, §§. 140 ff.), aber die conditiones in praesens relatae übergeht es an jener Stelle mit Schweigen. Anders lex 120. dig. de verb. oblig. 45, 1. vergl. Bd. 1, S. 255, Anm. 1.

[2]) Vgl. Bd. 1, S. 191, Anm. 1, S. 221, Anm. 1.

[3]) Er folgt in dieſem Punkte dem Beiſpiele Zitelmanns.

[4]) Vgl. z. B. Daller, der Irrthum als trennendes Ehehinderniß. Landshut 1861. S. 48.

man wird in der That unschwer sehen, woher die Abneigung gegen dieselbe stammt. Ihre Wurzel ist die Furcht vor richterlicher Willkür. Erlaubt man dem Richter erst ein Mal, über den Wortlaut der Verträge in erheblicher Weise hinauszugehen und demselben Clauseln hinzuzufügen, welche verkehrsüblich sind, von denen man aber nicht weiß, ob die Parteien an sie wirklich gedacht haben, oder dem Vertragsinhalte Einschränkungen hinzuzufügen, welche aus dem Zwecke des Geschäftes folgen, jedoch nicht in sinnlich erkennbarer Form fixirt sind, so hat der Richter, falls er gewissenlos oder leichtsinnig ist, es in der Hand, das Recht zu beugen, und zwar jetzt, da man ihn von den mittelalterlichen processualischen Fesseln befreit hat,[1]) mehr als früher. Diese Schlußfolgerung ist allerdings eine durchaus logische. Das römische Recht gewährt in der That dem Richter, welcher sogar damals noch freier gestellt war, als er es heutzutage ist, derartige gefährliche Befugnisse und enthält dagegen nur in der Oeffentlichkeit des Verfahrens und, was praktisch viel wichtiger ist, in der Appellation eine Sicherheitsmaßregel. Die Furcht vor der subjectiven Willkür des Richters, oder vor solchen Entscheidungen, bei denen seine persönlichen Sonderanschauungen einen ungebührlichen Einfluß erlangen können, ist sicherlich nicht völlig unbegründet. Seine subjectiven Eigenthümlichkeiten werden namentlich hinsichtlich aller derjenigen Rechtsbegriffe hervortreten, deren Merkmale nicht nach sinnlich wahrnehmbaren und genau fixirten Eigenschaften gekennzeichnet werden können, z. B. Besitz, Fahrlässigkeit, Schuld, diligens paterfamilias und dergl. Die Herstellung eines Rechtes, welches solche dehnbare Elemente nicht kennt, ist nur für eine

---

[1]) Allerdings nicht völlig, wie der Verf. in seiner Schrift: In wie weit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civilproceß-Ordnung Fictionen? — Berlin 1880. — darzulegen versucht hat.

niedrige Culturstufe denkbar. Zur Ausgleichung dieses Uebelstandes muß eine genügende Controle durch Appellation und Collegialität dienen. Heutzutage werden wohl diese Mittel der Controle im Großen und Ganzen genügen. In früheren Jahrhunderten konnte man jedoch mit ihnen schwerlich zufrieden sein. Man male sich nur den Zustand der römischen Rechtswissenschaft aus, wie er zur Zeit der Reception des fremden Rechtes sich darstellte, man vergegenwärtige sich die unsagbaren Schwierigkeiten, welche es damals machen mußte, den wilkürlich geordneten, ungeheueren Stoff zu dem Zwecke der Rechtsanwendung zu beherrrschen, und man wird zugeben, daß ein so schwieriger und gefährlicher Weg nur an dem Gängelbande eines artikulirten Verfahrens zurückgelegt werden konnte. Hätte man damals den Richter nach den Grundsätzen des byzantinischen Prozesses judiciren lassen, so würde er schlechthin nicht im Stande gewesen sein, dem schleunigen Laufe der Verhandlungen mit seinem juristischen Urtheile zu folgen, und das römische Recht würde wenig Aussicht darauf gehabt haben, wirklich angewandt zu werden. Jenes processualische Buchstabiren aber vertrug keine Judicatur ex aequo et bono; Verkehrsinteressen, Usancen, dasjenige, was die Parteien eigentlich haben sagen wollen, das sind alles Dinge, welche sich nicht in die spanischen Schnürstiefel von Artikeln einzwängen lassen.

Erst als die Rechtswissenschaft uns eine bequeme Uebersicht über den gewaltigen Stoff in Jahrhunderte langer, mühevoller Arbeit verschafft hatte, konnten jene Fesseln fallen. Damit wird aber auch die Stellung des Richters eine freiere. Freilich, die alte Gewohnheit des sorgfältigen und ängstlichen Umhertastens am Wortlaute der Verträge und Gesetze läßt sich nicht so schnell vertilgen. Daher die stete Sorge, daß die „positive Jurisprudenz“ in Willkür ausarten könne. Dies ist durchaus nicht unjuristisch, sondern vielmehr im altrömischen Sinne gedacht. Die altrömische

Irrthumslehre, welche zur Zeit der Verbalauslegung herrschte,[1]) war jedenfalls noch einfacher als diejenige der klassischen Zeit. Man scheint dem Wortlaute gegenüber nur diejenigen Irrthümer für wesentlich gehalten zu haben, deren Abwesenheit in ausdrücklicher Form zur Geschäftsbedingung gemacht worden war.[2]) Ebenso wie nun der Römer der älteren Zeit von stillschweigenden Bedingungen nichts wissen will,[3]) so ein Theil unserer modernen Juristen, welchem die altrömische Rechtswelt weit sympathischer ist, als die freien Grundsätze des römischen Kaiserreichs, denen eine erhebliche Mischung von richterlicher Willkür innezuwohnen scheint, ihnen es sind. Diese Aengstlichkeit muß jedoch überwunden werden. Die Zeiten der Verbalauslegung sind verschwunden, und wenn man erst ein Mal concedirt hat, daß auf den Sinn der Erklärungen gesehen werden soll, so hat man damit auch die Er-

---

[1]) Vgl. über diese Auslegungsart Ihering, Geist des röm. Rechtes. Bd. II, 2. §§. 44 ff. 3. Aufl. S. 441 ff.

[2]) In der älteren Zeit scheint man diese Grundsätze selbst bei Testamenten angewandt zu haben. Es wird dies durch einen von Cicero (de oratore I, 38. §. 175) mitgetheilten Centumviralproceß wahrscheinlich. Der Vater eines Soldaten hatte in der irrigen Voraussetzung, daß dieser gestorben sei, testirt. Nach klassischem römischen Rechte würde das Testament zweifellos wegen Irrthumes ungültig gewesen sein (arg. l. 93 (92) dig. de hered. instit. 28, 5. c. 9. Cod. de test. milit. 6, 21). Die Centumviren scheinen dies aber nicht angenommen zu haben, denn sie untersuchten nur, ob die Vorschriften des formellen Notherbrechts verletzt worden seien. Freilich scheint man in solchen Fällen auch im klassischen römischen Rechte der Anfechtung des Testamentes aus Gründen des materiellen oder formellen Notherbrechtes im Zweifel den Vorzug vor einer Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Irrthumes gegeben zu haben (arg. ll. 27, §. 4, 28. dig. de inoff. 5, 2). Und in der That empfiehlt sich in der Handhabung dieses Nichtigkeitsgrundes zu allen Zeiten eine große Vorsicht, damit nicht die Verkehrssicherheit Gefahr leide.

[3]) Marcellus vertrat diese Ansicht in der l. 9, §. 2. de contr. empt. Vergl. Bd. II, S. 449, 450.

heblichkeit ihres erkennbaren Zweckes zugestanden, weil sich beides nicht trennen läßt.[1]) Damit tritt aber das Ermessen des Richters, welcher übrigens da, wo der Buchstabe des Gesetzes Zweifel übrig läßt, weder nach individueller Willkür noch nach psychologischen Distinctionen, sondern nach den eigenen Lebenserfahrungen und den Bedürfnissen der Rechtsanwendung, also nach objectiven Größen, zu urtheilen verpflichtet ist, in seine Rechte.[2])

Es ist eine für die Entwickelung des deutschen Rechtes hochbedeutsame Thatsache, daß die Anbahnung großartigerer Verkehrsverhältnisse in unserem neu geeinten Vaterlande uns auch zu einer freieren Prozeßform verholfen und uns das Verständniß der römischen Juristen außerordentlich erleichtert hat. Man begreift immer nur den Geist, welchem man einiger Maßen gleicht, und daß die einsamen Mönche des Mittelalters, die pedantischen Stubengelehrten der vorigen Jahrhunderte und die ängstlichen Aktenmenschen des articulirten Verfahrens die Schriften eines Ulpianus und Papinianus nicht immer in demjenigen Sinne auffaßten, in welchem sie geschrieben waren, darf nicht verwundern.[3]) Höchst charakteristisch ist es aber jedenfalls, daß das Reichsoberhandelsgericht, obwohl, wie wir sahen, noch vielfach in den hergebrachten Formeln der Irrthumslehre befangen, doch in demjenigen Zweige der Jurisprudenz, welchem diese Lehre von Rechtswegen zugehört, durch sein Vorgehen in einem wahrhaft klassisch-römischen Geiste die Scheidewand niedergerissen hat, welche uns von der einfachen richtigen Irrthumslehre trennt, nämlich die engherzige Auslegungstheorie, welche nur dasjenige gelten lassen will, was der Contrahent in erkennbarer Weise bewußt

---

[1]) Ihering, der Zweck im Recht S. 77.; vgl. oben Bd. I, S. 79, 243.

[2]) Vgl. Kohler, dogm. Jahrb., Bd. 18, S. 152, Anm. 1.: „Indizienbeweis ist kein Richterabsolutismus."

[3]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 105.

gewollt hat. Indem es den Satz aufstellte, daß der Contrahent auch dasjenige erklärt, was ein diligens paterfamilias in seiner Lage offenbar seinem Mitcontrahenten zugestanden haben würde, wenn er es für nöthig gehalten hätte, sich darüber besonders zu äußern,[1]) hat es erst möglich gemacht, die richtige Methode der Vertragsauslegung für die Irrthumslehre, für welche sie allein völlig ausreicht, zu verwenden. Glaubt man nun, daß unser Reichsoberhandelsgericht hier zu weit gegangen ist, und daß auch der Verfasser zu weit gehe,[2]) daß man damit der richterlichen Willkür Thür und Thor öffne, so wird man sich de lege ferenda in einer schlimmen Lage befinden. Zu dem Satze, daß der Wortlaut der Verträge gilt und irrige Voraussetzungen nur in Betracht kommen, wenn sie in Bedingungsform ausgesprochen sind, wird man nicht zurückkehren wollen. Stellt man aber ein kunstvolles System auf, dessen Sätze sich widersprechen, wie z. B. die beiden Sätze, daß der Richter auf den Sinn der Erklärungen sehen und doch die stillschweigend erklärten Bedingungen ignoriren soll, so wird der Richter zur Ausgleichung des Widerspruchs hin- und herschwanken und schließlich weit willkürlicher verfahren, als nach dem richtigen Princip. Indessen mag dies immerhin geschehen, die Frage, welche dieses Buch sich gestellt hat, wird damit nicht berührt. Diese richtet sich darauf, was zu Ulpians und Justinians Zeit Recht gewesen ist, und die gefundene Antwort

[1]) Vgl. Bd. I, S. 224, Anm. 1.

[2]) Auch dem Verfasser ist von sehr beachtenswerther Seite der Vorwurf gemacht worden, daß er in der Annahme stillschweigender Bedingungen Bd. I, S. 261 — 263, einen zu freien Standpunkt einnehme. Er möchte dem gegenüber darauf hinweisen, daß jene übrigens absichtlich in einer wenig entschiedenen Form ausgesprochenen Regeln zwar nach seiner Ansicht richtig, aber keineswegs unvermeidliche Folgerungen seiner Theorie, vielmehr Concessionen an die Gegner, namentlich an die Anhänger der Lehre von der „Voraussetzung" sind.

bleibt als die allein den Quellen entsprechende auch dann richtig, wenn ihr Inhalt wirklich für unsere heutigen Verhältnisse nicht passen sollte. Zum Schlusse möchte der Verfasser noch den lebhaften Wunsch aussprechen, daß seine Ueberzeugung, durchweg auf den Schultern anderer zu stehen und auf den Ergebnissen anderer zu bauen, in allen seinen Ausführungen in derjenigen Stärke, in welcher sie in ihm lebt, auch dem Leser erkennbar geworden sein möge.[1])

§. 33.

Schluß.

Der Verfasser will auch bei dem zweiten Bande nicht verabsäumen, dessen Inhalt rückblickend kurz zusammenzufassen:

1) Nichtigkeit eines Vertrages einer bestimmten Art ist seine Unfähigkeit, diejenigen Wirkungen nach sich zu ziehen, um deren willen Verträge dieser Art abgeschlossen zu werden pflegen.
2) Mit dem Gegensatze von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit wird Verschiedenes bezeichnet. Das unterscheidende Merkmal zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der gewöhnlichen Bedeutung dieser Worte besteht noch heutzutage darin, daß Nichtigkeitsgründe schon dann berücksichtigt werden, wenn sie dem Richter erwiesen sind und den Antrag des an der Nichtigkeit Interessirten rechtfertigen, während bei einer bloßen Anfechtbarkeit der zur Anfechtung Berechtigte durch einen besonderen Willensact dem Richter klar legen muß,

[1]) Insbesondere möchte er es nicht unerwähnt lassen, daß er die erste Anregung zu einer Erforschung des gegenseitigen Verhältnisses der Begriffe Beweggrund und Bedingung vor zehn Jahren zu Gießen in einer exegetischen Vorlesung des Herrn Professor Zimmermann (z. Z. in Straßburg) erhalten hat.

daß er die Berücksichtigung der zur Anfechtung berechtigenden Thatsache aus dem bestimmten Anfechtungsgrunde wünsche.

3) Von einer inhaltlichen Differenz zwischen dem inneren Willen und der Erklärung kann bei einer unzweideutigen Erklärung nicht die Rede sein, weil dann immer kurz vor der Abgabe der Erklärung das Erklärte gewollt ist. Namentlich kann man von einer solchen Differenz dann nicht reden, wenn der Entschluß zu der Perfektion des Geschäftes sich von vorn herein in Folge eines Irrthumes auf einen unerwünschten Geschäftsinhalt richtet. (Vgl. aber auch S. 568, Anm. 2.)

4) Der Satz falsa demonstratio non nocet bedeutet bei Verträgen nur, daß der Sinn einer Vertragserklärung ihrem Wortlaute vorgeht.

5) Das Wort dissensus hat verschiedene Bedeutungen; es bezeichnet aber niemals die mit einer Gegenofferte verbundene Ablehnung einer Offerte (l. 18. dig. de reb. cred. 12, 1). In der Regel bedeutet es zwei Erklärungen, welche in Folge eines Mißverständnisses ihrem Sinne nach nicht unter einander übereinstimmen.

6) Der Satz „errantis voluntas nulla est“ bedeutet, daß derjenige, welcher nur in Folge eines Irrthumes eine Erklärung abgiebt, nicht dasjenige erreicht, was er will.

7) Weder Zwang noch Irrthum schließen im strengen psychologischen Sinne die Willensfreiheit aus,[1]) im Sinne des gemeinen Lebens thun sie es allerdings. Beides ist jedoch für die Frage nach ihrer juristischen Erheblichkeit hinsichtlich der Giltigkeit von Rechtsgeschäften gleichgiltig.

---

[1]) Wohl aber im ethischen Gebiete die Verantwortlichkeit. Aristoteles, ethica Nicomachea Bd. III, c. 1.

8) Besondere Vorschriften über error in persona, re, negotio u. s. w. giebt es nicht. Die über diese Beispiele vorhandenen Quellenentscheidungen, sowie die Aussprüche der Quellen über den Irrthum der Stellvertreter und anderer Hilfspersonen lassen sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre erklären. Antinomien enthält diese ganze Lehre nicht.

9) Der wesentliche Irrthum heißt nur ungenauer Weise eine Nichtigkeitsursache; denn die durch ihn hervorgerufene Geschäftserklärung würde ohne sein Vorhandensein nicht giltig, sondern unterblieben sein. Wohl aber ist er ein Nichtigkeitsgrund, d. h. man kann aus ihm die Nichtigkeit folgern.

10) Erkennbarkeit und Entschuldbarkeit des Irrthumes sind nicht ohne Zusammenhang mit seiner Wesentlichkeit, doch keine unerläßlichen Vorbedingungen derselben.

11) Eine culpa in contrahendo, welche nicht durch eine Schuld von der Gegenseite ausgeglichen wird, führt bei einer vox ambigua zu einer Auslegung gegen den Culposen, bei der Abgabe einer unerwünschten, nicht mißzuverstehenden Erklärung zur Contractshaftung, bei einer sonstigen Veranlassung eines nichtigen Vertragsschlusses zur Haftung für das Erfüllungsinteresse.

12) Die Wesentlichkeit des Irrthumes ist nach verschiedenen Methoden zu bestimmen versucht worden. Es entscheidet über ihr Vorhandensein:

a) Nach der casuistischen Methode der Gegenstand des Irrthumes in Anlehnung an die Quellenbeispiele;

b) nach der scholastischen Methode (welche nach ihrem Ursprunge so genannt ist), die Zugehörigkeit des Irrthumsgegenstandes zu den im objectiven Rechte für die Wirksamkeit des Geschäftes erforderten Festsetzungen (essentialia);

c) nach der älteren psychologischen Methode der Umstand, daß der Irrende die vorausgesetzte Thatsache als unerläßliche Vorbedingung seiner Erklärung auch nur innerlich ansah;

d) nach der neueren psychologischen Methode die Zugehörigkeit des irrthümlich angenommenen Umstandes zu dem Inhalte des „inneren Geschäftswillens" oder zu den „Individualisationsmomenten der Absicht";

e) nach der allein quellenmäßigen Methode der Vertragsauslegung der Umstand, ob die Abwesenheit des Irrthumes zur erkennbaren Geschäftsbedingung gemacht ist.

13) Die Nichtbeachtung dieser einfachen Formel erklärt sich theils aus Ueberresten der Mönchslatinität, theils aus einer quellenwidrigen Einschränkung des Umfanges der stillschweigenden Bedingungen, welche zur Zeit des artikulirten Verfahrens nicht die ihnen im römischen Rechte zuertheilte Bedeutung erlangen konnten und noch heutzutage vielen gefährlich scheinen, weil zu ihrer praktischen Berücksichtigung eine ziemlich weit ausgedehnte Freiheit des richterlichen Ermessens gehört.

14) Die dem römischen Rechte entsprechende Handhabung der Interpretationsgrundsätze seitens des Reichsoberhandelsgerichts und die Reform des Prozeßrechtes haben vornehmlich einer Aufstellung der richtigen Irrthumslehre den Weg gebahnt.

Indem der Verfasser seine Untersuchung abschließt, möchte er zu seiner eigenen Rechtfertigung noch eine kurze methodologische Erörterung anschließen, welche von allgemeiner Bedeutung ist.

Er bemerkte gelegentlich, daß er die Auslegung zweifelhafter Quellenstellen nicht aus dem Begriffe der in Bezug genommenen

Rechtsinſtitute, ſondern aus dem vermuthlichen Zwecke des Rechtes entnommen zu ſehen wünſche. Es liegt nahe, ihm entgegenzuhalten, daß er ſelbſt durchweg aus dem Begriffe des consensus argumentirt habe. Es iſt dies aber durchaus nicht richtig. Nirgends folgert er aus den Merkmalen des consensus, daß die Römer eine Uebereinſtimmung der inneren Abſichten noch neben derjenigen der Erklärungen zur Vertragsgiltigkeit nicht verlangen. Er folgert daraus vielmehr nur, daß diejenigen Stellen, aus denen man dieſes Poſtulat hergeleitet hat, richtig überſetzt, etwas anderes ſagen und daher nicht zur Begründung der herrſchenden Lehre benützt werden können, ſo daß dieſelbe eines jeden Quellenbeweiſes entbehrt. Denkbar wäre es ſehr wohl, daß consensus ſo viel bedeutet wie conventio, und daneben doch noch eine weitere innere Uebereinſtimmung zur Giltigkeit des Vertrages von Seiten des römiſchen Rechts erfordert würde. Allein das Denkbare iſt noch kein Wirkliches; wer ſeine Exiſtenz behauptet, muß ſie beweiſen. Ueberhaupt möchte ſich der Verfaſſer noch gegen eine weitere Verwechslung verwahren. Er hält ein Argumentiren aus Begriffen ſtatt aus dem vermuthlichen Willen des Rechtes nur bei ſolchen Begriffen für unrichtig, welche in ſtreng juriſtiſcher Weiſe zum Zwecke der Rechtsanwendung gebildet ſind und den vollſtändigen Begriffsumfang, d. h. alle Erſcheinungen, welche den Namen des Begriffes tragen, umfaſſen; man kann ſie in dieſem Sinne vollſtändige Begriffe nennen. Es giebt jedoch in unſeren Quellen bei gewiſſen Rechtsinſtituten engere Begriffe, welche nicht das ganze Gebiet des Inſtitutes umfaſſen, ſondern nur einen engeren Kreis, nämlich nicht das Inſtitut, wie es iſt, ſondern nur, wie es ſein ſoll. Der Verfaſſer denkt an die bekannte Definition der Ehe:

> Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

Hier wird offenbar nicht die Ehe, wie sie ist, definirt, sondern nur die Ehe, wie sie vom Standpunkte des Rechts erwünscht ist, denn die Ehen derjenigen Personen, welche zwar rechtlich als Gatten verbunden sind, aber getrennt leben, fallen nicht unter jenen Begriff, welchen man daher im Gegensatze zu dem „vollständigen Begriffe" der Ehe einen bloßen „Normalbegriff" derselben nennen kann. Derartige Normalbegriffe könnte man auch bei anderen Rechtsinstituten, z. B. auch bei dem Vertrage, unschwer bilden. Dasjenige, was sie von den vollständigen Begriffen unterscheidet, ist die bei ihrer Formulirung beobachtete Rücksicht auf den Zweck des Rechtes. So würde der Vertrag etwa zu definiren sein, als ein Mittel zur Befriedigung des Bedürfnisses nach dem Vertrauen auf fremde Zusagen. Nöthig sind jedoch derartige Formulirungen nicht, wer aus ihnen oder ihrer „Natur" argumentirt, folgert mittelbar aus dem Zwecke des Rechtes, welcher ihrem Inhalte einverleibt ist.[1])

Der Verfasser nennt seine Schrift einen Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre. Nicht jedes Streben nach Vereinfachung ist berechtigt. Im Allgemeinen strebt der Mensch nach einer Vervielfältigung seiner Ziele und nach einer Vereinfachung der Mittel zu ihrer Erreichung. Unsere Dogmen existiren nun aber nicht um ihrer selbst willen, sie sind vielmehr die Mittel zur Beherrschung eines umfangreichen Materials von Rechtsvorschriften und ermöglichen deren Anwendung. Schon aus diesem Grunde müssen wir unausgesetzt auf ihre Vereinfachung hinarbeiten. Eine

---

[1]) Man unterscheide sehr wohl die Frage nach dem Zwecke, welcher unserem positiven Rechte in erkennbarer Weise vorschwebt und demjenigen, welcher ihm vorschweben sollte. Die letztere Frage ist eine legislatorische oder politische, die erstere aber eine rein juristische; denn sie ist die unerläßliche Vorbedingung einer richtigen Textesauslegung und einer sachgemäßen Handhabung der Analogie.

ganz besondere Rolle spielt aber ein solches Streben in der romanistischen Wissenschaft. Die klassischen römischen Juristen besaßen einige wenige einfache Grundsätze von praktischer Vortrefflichkeit, welche uns zum großen Theile verloren gegangen und nur mittelbar aus den Quellenentscheidungen ersichtlich sind. Das Ziel ihrer Wiederherstellung schwebt allen Romanisten seit Jahrhunderten „gleich einer fernen Sonne“ vor. Die Mißgriffe bei der ungenügenden Behandlung dieser Aufgabe sind es vornehmlich, welche theils der Unwissenheit der Glossatoren, theils der Spitzfindigkeit der Scholastiker, theils der Unbesonnenheit der Naturrechtsschule entstammen und dem bei uns herrschenden Rechte trotz einer langen Vervollkommnungsarbeit zum Theil noch immer ein abstraktes und formalistisches Gepräge geben, so daß seine Handhabung auch die einsichtigeren Laien wenig befriedigt und sicherlich auch das römische Volk nicht befriedigt haben würde, wenn sie ihm aufgedrängt worden wäre.[1]) Die überlieferten Lehrmeinungen von solchen Ueberresten einer mißverständlichen Quellenexegese unter Benützung der Dogmengeschichte noch mehr zu befreien, als es durch das Fortschreiten der Wissenschaft ohnehin schon geschehen ist, muß unser Hauptstreben sein. Nicht die Loslösung von dem Ueberlieferten, sondern nur dessen kritische Durchforschung vermag hier zu helfen. In dieser Hinsicht ist noch manches zu thun und noch manches zu erreichen.

[1]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. München und Leipzig 1880. S. 105 ff. denselben; Ulrich Zasius, Basel 1857. S. 97: „nicht weil die Juristen zu römisch, sondern weil sie nicht römisch genug gebildet waren, brachten sie die Rechtspflege in den kläglichsten Zustand.“

Nachträge

zu dem Inhalte der vorstehenden Schrift.

I. zu Band 1.

1) zu S. 134, Anm., Zeile 13 ff. Das Recht zur Hauptintervention soll dem Cedenten hier nicht abgesprochen werden.

2) zu §. 10, S. 190 vgl. auch noch Stößel, die stillschw. Willenserklärung nach röm. Rechte. Zürich 1859.

3) Von sehr beachtenswerther Seite wurde der Verf. darauf hingewiesen, daß er S. 200, Anm. 1 die Bezeichnung „unmittelbare Erklärung" für die ausdrückliche Aeußerung verworfen und trotzdem S. 197, Anm. 3 (vgl. hierzu Nr. 9 des nachstehenden Druckfehler-Verzeichnisses), auch Bd. 1, S. 277, Nr. 7 das Wort „unmittelbar" bei der Bezeichnung des Kriteriums der Ausdrücklichkeit verwendet hat. Dieser nur scheinbare Widerspruch erklärt sich aus der Unbestimmtheit des Begriffes: „unmittelbare Erklärung", welcher jede „Erklärung, bei der es keiner besondern vermittelnden Thätigkeit bedarf," umfaßt, hiernach aber drei ganz verschiedene Dinge bezeichnen kann:

   1) Eine Erklärung, welche ohne besondere Vermittelungsthätigkeit erkennbar gemacht wird. In diesem Sinne, d. h. vom Standpunkte des Erklärenden, ist die ausdrückliche Erklärung mittelbarer, als die stillschweigende, weil ihre Kundgebung einer vorherigen grammatikalischen Construktion bedarf.

   2) Eine Erklärung, deren Sinn dem Adressaten ohne besondere Vermittlungsthätigkeit verständlich wird. (In diesem Sinne sind nur die in einer ausdrücklichen Erklärung mitenthaltenen, nicht die sonstigen stillschweigenden Erklärungen mittelbare.)

   3) Eine solche, deren Sinn von dem Adressaten ohne besondere Vermittelungsthätigkeit in entsprechenden Worten wiedergegeben

werden kann. In diesem Sinne sind alle ausdrücklichen Erklärungen in der That unmittelbare.

II. zu Band 2.

1) zu S. 299 vgl. auch noch Ihering, in seinen dogm. Jahrb. Bd. 4, S. 29 über den Begriff der Nichtigkeit.

2) zu S. 311, Z. 6 vergleiche die einschränkende Anmerkung auf S. 398.

3) zu S. 319, Anm. 3 vgl. noch die §§. 592, 586 R. C. P. O. (vgl. auch ebenda §§. 568, 577, 582) §. 171 Reichsstrafgesetzbuches, §§. 34, 55 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875. R. G. Bl. S. 23 ff.

4) S. 364. Auch in dem hac mente der l. 13. dig. de donat. 39, 5 pflegt man gemeinhin einen blos inneren Willen zu sehen (vgl. hierüber Schloßmann, Grünhuts Ztschr. Bd. VIII, S. 434). Indem man dessen Unerheblichkeit behauptet, erkennt man indirekt die von dem Verf. vertretene richtige Interpretation des Wortes consensus an. Sollte sich der Widerspruch der citirten Stelle mit der l. 37, §. 6. dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. nicht doch daraus erklären, daß, wie Schloßmann a. a. O. S. 435 hervorhebt, jedoch für unerheblich hält, die Tradition in der l. 37, §. 6. cit. (nicht in der l. 13. cit.) in Folge eines jussus geschieht? In beiden Stellen liegt m. E. in der Erklärung des Tradenten eine vox ambigua vor, welche aus der inneren Absicht desselben interpretirt wird, weil sich der Empfänger dieser im Zweifel unbedingt unterwirft. Erfolgt nun die Tradition in Folge eines jussus, z. B. auf Befehl des zu Beschenkenden an den Schenker, so braucht ersterer sich eine Uebergabe an einen Vertreter, mit dem nicht bestimmt und ausdrücklich verabredet worden ist, daß er für den zu Beschenkenden handeln solle, nicht als eine dem jussus entsprechende gefallen zu lassen; die Tradition ist also ungültig, und es ist Sache des Tradenten, nicht des Jubenten, die Sache wiederherbeizuschaffen, wenn der Trabent will, daß der Jubent als von ihm beschenkt gelten soll. Liegt jedoch kein besonderer jussus vor, so ist anzunehmen, daß der Beschenkte die Sache lieber aus einer vox ambigua erwerben will, als gar nicht (l. 13. cit.). Die dem Willen des Tradenten widersprechende Absicht des Vertreters ist in beiden Fällen gleichgiltig, da er sich im Zweifel der Absicht des Tradenten selbst dann unterwirft, wenn er sie etwa mißverstanden haben sollte.

5) zu S. 405, Anm. 3. Unter dem „bei der Abrede Unerwünschten" versteht

der Verf. natürlich hier dasjenige, von dem es schon jetzt objectiv gewiß ist, daß man zu einer Enttäuschung hingelangen muß, wenn man es begehrt. Daß es trotzdem, falls die Erklärung sich darauf richtet, in gewissem Sinne als Gegenstand des (durch Irrthum geblendeten) Wunsches bezeichnet werden kann, darüber vgl. oben Bd. 2, S. 327.

6) zu S. 438, Anm. 2 vgl. über l. 86. cit. de verb. sign. 50, 16 jetzt auch Boßert, das Wesen des Servitutbesitzes nach römischem Recht. Tübingen 1882. S. 15, Anm. 22.

7) zu S. 423. Der in der c. 7. Cod. de hered. inst. VI, 24 ins Auge gefaßte praktische Fall wird durch die Ausführungen von Bruns (Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert, herausg. von Bruns und Sachau, Leipzig 1880. S. 254—257) verständlich.

8) zu S. 442, Anm. 3 vgl. aber auch Iherings Jurisprudenz des täglichen Lebens IV, 49. 5. Aufl. S. 31.

9) S. 528. Unter einem erkennbaren Irrthume kann man zweierlei verstehen:

a) eine falsche Vorstellung, deren Vorhandensein erkennbar ist,

b) eine solche falsche Vorstellung, hinsichtlich deren außerdem noch erkennbar ist, daß sie falsch ist.

In dem ersteren weiteren Sinne bittet der Verf. in seinen Ausführungen, §§. 20—22, die dort besprochene Erkennbarkeit des Irrthumes aufzufassen.

10) zu S. 558, Anm. 1. Vgl. auch die soeben erschienene Schrift von O. Gierke, Naturrecht und deutsches Recht. Frankfurt a. M. 1883.

11) zu S. 567, Anm. 1. Aus Zitelmanns Irrtum und Rechtsgeschäft S. 451 durfte sich übrigens mit Sicherheit entnehmen lassen, daß auch Zitelmann stillschweigende Bedingungen für möglich hält und sie den ausdrücklichen gleichstellt. Hierdurch wird die Differenz zwischen seiner Ansicht und derjenigen des Verfassers noch geringer, als im Texte angegeben ist.

12) zu S. 580, Anm. 2. Die Gefährlichkeit des freien richterlichen Ermessens entging auch den Römern nicht. Vgl. l. 91, §. 3. dig. de verb. obl. 45, 1. (Paulus) verbis: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit (sc. Celsus adulescens), erratur. Vgl. ferner c. 1. Cod. de legibus I, 14 und überhaupt Iherings Geist des röm. Rechtes, Bd. II. 4. Aufl. §. 29, S. 94.

Nachtrag

zu dem Druckfehlerverzeichniß des ersten Bandes.

1) S. 15, Z. 7 lies „sein" statt „werden".
2) S. 81, letzte Zeile des Textes, lies hinter „fest" [3])
3) S. 90, Z. 3 und 7 lies „jene" und „letztere" statt „jener" und „letzterer".
4) S. 111, Anm. 3 gehört zu „Vorfälle", Zeile 7.
5) S. 127, Anm. 1 lies „Tzschirner" statt „Tschirner".
6) S. 154, Z. 5 lies „Besiegelung" statt „Untersiegelung".
7) S. 177, Anm. 2, Z. 2 lies „§. 257" statt „§. 297".
8) S. 197, Z. 6 ist lingua (= mit der Zunge) nicht zu unterstreichen, da das Eingeklammerte nur das „figuratis" übersetzen soll.
9) S. 197, Anm. 3 lies statt: „So definirt Brinz (S. 1553)" „So behandelt Brinz (S. 1553 ff., namentl. S. 1570 unten)", und streiche ebenda Z. 2 und 4 die Anführungszeichen.
10) S. 204, Z. 9 lies „obgleich" statt „während".
11) S. 237, Anm. 2 lies statt „in Schloßmanns Vertrag" „Schloßmanns in Grünhuts Ztschr. Bd. VII."
12) S. 250, Anm. 3 lies Pand. S. 1388.
13) S. 254, Z. 9 lies „als stillschweigende" statt „stillschweigend".
14) S. 262, Z. 3 lies statt „einer Verabredung" „die Verabredung einer Bedingung".
15) S. 269, Z. 9 lies „Wortlaute" statt „Sinne".

Im Druckfehlerverzeichnisse Nr. 46 lies „Fitting" statt „Hitting".

Quellen-Register zu beiden Bänden.

A. Römisches Recht.

I. Vorjustinianische Quellen.

Consultatio veteris cujusdam jurecons.
I. 9. II. 366[1].
Dositheus magister.
7. II. 395[2].
Gaii instit. comm. quattuor.
I. 7. I. 34[1]. II. 339[2].
- 165. I. 206[5].
II. 29—32. I. 1[2].
- 41. I. 218[2].
- 238. I. 156[2]. 157.
III. 56. I. 214[1].
- 76. I. 197[2].
- 82. I. 26[1].
- 89. I. 1[5]. 21[3].
- 102. II. 469[1].
- 119. I. 1[5]. 21[3].
- 135. I. 1[5]. 21[3].
- 153. I. 21[3].
- 154a. I. 1[5]. 21[3].
- 176. II. 297[2]. 298[1]. 388[3].
- 179. II. 297[2].
IV. 33. I. 197[2].
- 61 sqq. II. 309.
- 131. II. 297[3]. 389.
Paulli sententiae receptae.
III. 6 §. 13. I. 156[2].
IV. 12 §. 2. II. 485[1].
Ulpiani fragmenta.
II. 4. I. 26[1].
XXIV. 19. I. 259. II. 331[1].
XXVIII. 12. I. 213[4].

Cicero.
ad Attic. X. 4. b. I. 50[4].
ad familiares. IV. 6. I. 26[1].
de amic. c. 23. I. 51.
de divinat. II. 14. §. 34. I. 49[1].
de fin. bon. et mal. III. 3. I. 49[1].
de officiis. I. 2. I. 50[1].
— — III. 15. I. 223[1].
orat. in Catil. IV. 9. §. 18. I. 51[2].
— in L. Pis. c. 1 §. 7. I. 50.
— in Vatin. c. 9. §. 23. I. 50[1].
— Philippic. I. c. 1. §. 9. I. 51.
— — I. c. 12. §. 30. I. 51[1].
— — IV. c. 1. §. 2. c. 3. I. 51.
— pro Caelio c. 12. §. 28. I. 26[1].
— — Cluentio c. 57. §. 157. I. 54[1].
— — Flacco init. c. 1. I. 25.
— — — c. 41. §. 103. I. 50.
— — Murena c. 12. I. 76[1].
orator c. 39. §. 36. I. 35.
Gellii noctes Atticae.
III. 11. I. 46[2].
V. 10. I. 34,

XIX. 10. §. 12. I. 25.
XX. 1. §. 22. I. 110.
Horatii satir.
I. 10, 9. I. 21[1].
Livii historiarum libri.
I. 32. §. 12. I. 50[8].
VIII. 6. §. 7. I. 33[1].
VIII. 6. §. 8. I. 47[2].
XXIII. 15. I. 50[6].
XXXVI. 40. §. 10. I. 50[8].
Lucretius.
IV. 797 (795). I. 49[2].
Plinii historia naturalis.
XIII. 15. II. 465[2].
XV. 5. §. 1. I. 47[1].
XVII. 5. §. 3. I. 50[2].
Quinctilian.
instit. orat. VIII. 2. §. 16. II. 375.
— — VIII. 5. §. 1. I. 34 f.
— — IX. 1. §. 17. I. 46[2].
Cenotaphia Pisana.
I. 25[2]. 28. 46[1].

Codex Theodosianus.
Lib. X. tit. 19. de metallis.
c. 11. I. 52[8].

II. Corpus juris civilis.

1. Institutiones.

Lib. I. tit. X. de nuptiis.
pr. I. 53.
tit. XII. quib. mod. jus potest.
§. 5. I. 213[4]. 214[1].
§. 6. I. 214[1].
§. 8. I. 2[4].
tit. XXIV. de satisd. tut.
§. 1. II. 342.
Lib. II. tit. I. de rer. div.
§. 40. I. 1[1]. 113[2]. 241[3]. II. 489.
tit. III. de servit.
§. 4. I. 1[2].
tit. IV. de usu fructu.
§. 1. I. 1[2].
§. 3. I. 1[3].
tit. VI. de usucap.
§. 11. II. 389[2].
tit. XIX. de her. qual.
§. 7. I. 201[1].
tit. XX. de legatis.
§. 3. I. 240. 259.
§. 11. II. 490[1].
§§. 29. 30. II. 331[1].
§. 31. I. 259.
Lib. III. tit. X. de adquis. per adrog.
pr. I. 26[1].
tit. XIX. de inut. stip.
§§. 8. 10. I. 250[1].
§. 13. II. 359[2].
§. 23. I. 188. II. 376 f.
tit. XXIII. de empt. et vend.
§. 4. I. 47[3].
tit. XXIV. de loc. et cond.
§. 3. I. 1[2].
tit. XXVI. de mand.
§. 10. II. 354[2].
tit. XXIX. quib. mod. toll. obl.
§. 4. I. 2[2]. 37.
Lib. IV. tit. VI. de actionibus.
§. 30. II. 309.

2. Digesta.

Lib. I. tit. 1. de just. et jure.
l. 1. §. 2. I. 110.
tit. II. de origine juris.
l. 1. I. IX.[1].
tit. III. de legibus.
ll. 4. 5. I. 211[1].
l. 6. II. 519[2].
l. 13. I. 110. 118[1]. II. 317[5]. 463[1]. 495[1].
l. 16. I. 109[1].
l. 19. I. 33 f. I. 79[1].
l. 24. I. 185.

l. 32. §. 1. I. 25.
l. 35. I. 25.
l. 40. I. 26.
tit. IV. de constit. princ.
l. 2. I. 109[1].
tit. VII. de adoptionib.
l. 5. I. 40 f.
l. 6. 10. I. 52[3].
tit. XXI. de off. eius, cui mand. est jurisdictio.
l. 5. §. 1. II. 297[3]. 388[3].
Lib. II. tit. I. de jurisdictione.
l. 15. I. 29 f. II. 382[2].
l. 18. II. 384[4].
tit. II. quod quisque juris.
l. 1. §. 2. II. 296[1].
tit. XIV. de pactis.
l. 1. pr. I. 6. 45 f. II. 557[2].
l. 1. §. 1. I. 45. f.
l. 1. §. 2. I. 45. f. 251[2]. II. 296[2].
l. 1. §. 3. I. 12[3]. 19. 24. 44 f. 71. II. 297.[3]. 389. 390[1]. 395[3].
l. 2. I. 191[1]. 194[2]. 196[3]. 198[4].
pr. eod. I. 191.
§. 1. eod. I. 201[1]. 224.
l. 3. I. 206[4].
l. 4. I. 207[1 2].
l. 7. §. 4. I. 241[3].
l. 7. §. 8. I. 275. II. 380[4].
l. 7. §. 12. I. 237[3]. II. 380[5].
l. 7. §. 19. I. 15 f. 200. II. 342[1].
l. 10. §. 2. I. 46.
l. 17. §. 1. II. 379[3].
l. 27. §. 2. II. 379[2].
l. 38. II. 223.
l. 39. I. 147[1]. 180[1].
l. 45. I. 47.
l. 51. §. 1. II. 372[3]. II. 385 f.
l. 57. pr. I. 191[3]. 192[2]. 198[4]. 201[1]. 204[1].
tit. XV. de transact.
l. 5. I. 81. II. 369. f.
l. 8. pr. I. 21[3].
l. 9. §. 3. I. 81. II. 352.
l. 12. I. 81. II. 353. 370. 560[1].
Lib. III. tit. III. de procurat.
l. 8. §. 1. I. 52[3].
l. 35. pr. I. 209[3]. 219.
l. 40. §. 4. I. 209[3]. 219.
tit. V. de neg. gest.
l. 5. pr. II. 474[1].
l. 5. §. 1. II. 405.
l. 5. §. 10. (6. §. 8.) I. 154[3]. II. 405[1].
l. 7. (8., pr. I. 162[3].
l. 8. (9.) I. 39[1].
l. 25. (26.) I. 52[3].
l. 48. (49.) I. 230[3].
Lib. IV. tit. II. quod met. causa.
l. 21. §. 5. II. 392. f. 395[2].
tit. III. de dolo malo.
l. 1. §. 2. I. 132[3].
l. 6. II. 297[3]. 389.
l. 7. §. 8. II. 297[3]. 388[3].
l. 18. §. 3. I. 268.
l. 38. I. 268. II. 373 f.
tit. VIII. de receptis.
l. 27. §. 3. I. 27.
Lib. V. tit. I. de judiciis.
l. 1. I. 28. f.
l. 2. II. 393[1]. 571. f.
l. 80. II. 337[2].
tit. II. de inoff. test.
l. 4. I. 35.
l. 12. §. 2. II. 379[4].
l. 28. I. 258[4]. II. 580[2].
l. 27. §. 4. II. 580[2].
l. 31. §. 3. I. 53.
l. 32. pr. II. 479[2].
tit. III. de hered. petit.
l. 50. §. 1. I. 230[3].
Lib. VI. tit. I. de rei vind.
l. 5. pr. I. 36[2].

tit. II. de Public. in rem act.
l. 1. II. 315 [3].
Lib. VII. tit. I. de usu fructu.
l. 3. pr. I. 1 [2].
l. 25. §. 1. I. 154 [3]. 231 [2]. II. 471. f.
l. 25. §. 7. I. 1 [2].
tit. II. de usuf. adcresc.
l. 1. §. 3. I. 46.
tit. IV. quib. mod. usufr.
l. 2. §. 2. I. 38.
tit. IX. usufructuarius quemadm.
l. 12. II. 489.
Lib. VIII. tit. I. de servitutibus.
l. 4. pr. I. 269 [3].
l. 14. §. 1. I. 1 [3].
tit. II. de servit. praed. urb.
l. 5. I. 41 [1]. 52 [3].
l. 30. pr. I. 206 [5].
tit. IV. communia praediorum.
l. 18. I. 36 [1]. 205 [2]. II. 355 [1].
tit. VI. quemadm. serv. amitt.
l. 8. I. 201 [1].
Lib. X. tit. II. familiae herc.
l. 25. §. 17. I. 18.
tit. III. communi divid.
l. 14. §. 1. I. 154 [3]. II. 405 [1].
l. 29. pr. I. 154 [3]. 231. II. 405 [1].
Lib. XI. tit. VII. de religiosis.
l. 14. §. 7, 8. I. 201 [1].
Lib. XII. tit. I. de reb. cred.
l. 6. I. 150 [4]. 198 [2].
l. 15. II. 408 [2].
l. 18. I. 138 [1]. II. 474 [1]. 584.
pr. eod. II. 344. f. 364.
l. 20. II. 368 [2].
l. 32. II. 401 [2]. 408.
ll. 37—39. I. 255 [1].
l. 40. I. 191 [2].
l. 41. II. 480. f.
Lib. XII. tit. IV. de condict. causa data c. n. s.
l. 1. §. 1. I. 241 [2].
l. 3. §. 7. I. 265 [5]. 268. II. 367 [2]. 481.
l. 3. §. 8. II. 423 [1]. 481. f.
tit. V. de condict. ob turp. v. inj. caus.
l. 9. §. 1. II. 309.
tit. VI. de cond. indeb.
l. 19. §. 3. II. 435 [1].
l. 26. §. 4. II. 464 [1].
l. 26. §. 8. II. 354 [2].
l. 30. II. 309.
l. 32. §. 3. II. 435 [1].
l. 37. I. 268.
l. 52. I. 264. f. II. 542 [1].
l. 65. §. 2. I. 266 [2 3]. II. 371 [1]. 541 [1].
tit. VII. de condict. sine causa.
l. 3. II. 375.
Lib. XIII. tit. I. de condict. furtiva.
l. 18. II. 532 [1].
tit. V. de pecunia constituta.
l. 1. §. 5. I. 1 [6].
l. 14. §. 3. I. 162 [2].
l. 15. I. 164 [2].
l. 25. I. 1 [6].
l. 31. I. 264. II. 370. f.
tit. VI. commodati vel contra.
l. 13. §. 2. I. 233.
tit. VII. de pigner. act.
l. 1. §. 1. II. 385 [1].
l. 1. §. 2. II. 463.
l. 11. §. 5. I. 220 [2].
l. 30. II. 366 [1].
Lib. XIV. tit. I. de exercitoria act.
l. 1. §. 5. II. 354 [2].
tit. II. de lege Rhodia.
l. 10. pr. I. 174 [1].
tit. III. de institoria act.
l. 5. §. 17. II. 360 [1].
l. 11. §. 2. II. 357. f.
l. 17. §. 3. II. 360 [1].

tit. IV. de tributoria act.
l. 1. §. 3. I. 151[2]. 199[2].
tit. VI. de sc. Macedoniano.
l. 12. I. 200.
l. 16. I. 200.
Lib. XV. tit. I. de peculio.
l. 4. §. 1. I. 38.
Lib. XVI. tit. II. de compensat.
ll. 11. 12. II. 309.
tit. III. depositi vel contra.
l. 1. §. 11. I. 163.
l. 1. §. 41. I. 154[2].
l. 24. I. 173[1].
Lib. XVII. tit. I. mandati vel contra.
l. 1. §. 4. II. 299[2].
l. 6. §. 2. I. 201[1].
l. 7. II. 349[1].
l. 26. §. 1. II. 354[2].
l. 49. I. 137[2]. 138[1]. II. 477. ff. 487[1 2].
l. 57. II. 360.
l. 58. pr. I. 154[2].
l. 60. §. 3. I. 208[2]. II. 364[1].
tit. II. pro socio.
l. 1. §. 1. l. 2. I. 226[1].
l. 19. I. 1[2].
l. 31. II. 352.
l. 37. I. 22.
l. 44. II. 350.
l. 65. §. 11. II. 366[1].
l. 67. pr. I. 53.
l. 84. I. 162[2].
Lib. XVIII. tit. I. de contr. emt.
l. 1. §. 2. I. 21[2].
l. 6. §. 1. I. 173.
l. 9. II. 573[2].
pr. eod. I. 169[2]. II. 341[1]. 377[1]. 429. 430. 538[1].
§. 1. eod. II. 337[2]. 338[2]. 433[2].
§. 2. eod. II. 447[2]. 449. f. 453. f. 460. 463. 464. 466. 580[3].
l. 10. II. 452.
l. 11. pr. II. 340[1]. 453.
l. 11. §. 1. II. 420[1]. 446[3]. 455. f.
l. 12. II. 495. 500. 504[1]. 507.
l. 13. II. 504.
l. 14. I. 30[2]. II. 385. 458. f.
l. 15. II. 523.
§. 2. eod. II. 351. 487 ff.
l. 18. §. 1. II. 520. f.
l. 33. I. 174[1]. 180[1]. 183[2].
l. 34. II. 402[2]. 445[1].
pr. eod. I. 186.
l. 40. §. 1. 41. I. 173[1].
l. 41. §. 1. II. 385. 458. f. 560.
l. 45. II. 454. f. 458[1].
l. 55. I. 131[2].
l. 57. II. 462.
l. 57. §. 1. II. 524.
l. 58. I. 261[2]. 264[2]. II. 461. f.
l. 63. pr. I. 163.
l. 77. I. 155[1]. 174[1]. 180[1].
tit. II. de in diem addictione.
l. 14. §. 3. II. 420. f.
tit. III. de lege commissoria.
l. 3. II. 366[1].
l. 7. I. 201[1].
tit. IV. de her. vel act. vend.
rubrum. I. 2[1].
tit. VI. de periculo et commodo.
l. 8. pr. I. 261[2]. 294[2].
Lib. XIX. tit. I. de act. empti venditi.
l. 6. §. 4. I. 174[1].
l. 11. §. 1. I. 149. 173[1]. 180. 211[3]. 230[1]. 270[1].
l. 13. §. 29. II. 298[2].
l. 21. §. 2. I. 180[1]. II. 339[3]. 452[2]. 464. f. 512[1].
l. 32. I. 268.
l. 48. I. 160[2]. II. 381.
tit. II. locati conducti.
l. 1. I. 19.
l. 13. §. 11. I. 191[3]. 195[2]. 201[1].

l. 19. §. 6. II. 470.
l. 29. I. 180[1].
l. 30. §. 4. I. 274[3]. II. 381.
l. 52. I. 169[1]. 463. 467[2].
l. 60. pr. I. 254.
l. 60. §. 6. II. 351. f.
tit. IV. de rer. permut.
l. 1. §. 2. I. 37.
tit. V. de praescr. verbis.
l. 8. I. 173[1].
l. 8. pr. I. 174[1].
l. 20. §. 1. I. 47[3].
l. 22. I. 158[1]. II. 350.

Lib. XX. tit. I. de pignoribus.
l. 4. I. 1[4].
pr. eod. I. 21[3].
l. 15. §. 1. I. 206[4].
l. 21. pr. I. 163.
l. 26. §. 1. I. 17. f. 181[2]. 201[1]. II. 479[2].
l. 33. II. 372[3].
tit. II. in quib. caus. pign. v. hypoth. tacite contrah.
l. 4. pr. I. 220[2]. 221[1].
l. 6. I. 207[1].
tit. IV. qui potiores in pign. v. hyp. hab.
l. 11. §. 1. I. 261[2].
l. 12. §. 4. I. 224.
tit. V. de distractione pign. et hyp.
l. 1. I. 143.
tit. VI. quib. mod. pign. v. hyp. solvitur.
l. 3. I. 269[1 2].
l. 4. §. 1. I. 138[1]. 224.
l. 7. pr. I. 43. 224.
l. 8. §. 6. 7. I. 138[1].
l. 9. pr. I. 18[1].
l. 10. I. 138[1].
l. 11. §. 1. I. 52[3].

Lib. XXI. tit. I. de aedil. edicto.
l. 31. §. 20. I. 177.
l. 51. pr. II. 494[1]. 505.
l. 51. §. 1. II. 509. 510[1].
tit. II. de evictionibus.
l. 12. II. 340.
l. 45. II. 337[3].

Lib. XXII. tit. III. de probationibus.
l. 24. I. 201[1].
l. 25. §. 4. I. 248[1].
tit. VI. de juris et facti ignorantia.
l. 1. §. 2. I. 142[1].
l. 7. II. 492[1].
l. 9. §. 4. II. 492.

Lib. XXIII. tit. I. de sponsalibus.
l. 2. I. 2[3].
l. 7. §. 1. I. 53. 200.
l. 18. I. 163.
tit. II. de ritu nuptiarum.
l. 2. I. 200.
l. 22. II. 366[1].
l. 45. §. 5. I. 52[3].
tit. III. de jure dotium.
l. 21. I. 207[2]. 253[2]. 254.
l. 25. I. 47[2].
l. 57. I. 225[2].
l. 68. I. 253[2]. 254.

Lib. XXIV. tit. I. de donat. i. v. et u.
l. 3. §. 12. I. 196[1].
l. 5. §. 13. 14. II. 378[1].
l. 32. §. 1. I. 218[2].
l. 32. §. 4. I. 206[6].
l. 32. §. 14. I. 32. 33.
tit. III. soluto matrimonio.
l. 2. §. 1. I. 41.
l. 2. §. 2. I. 41. 199[3]. 200. 206[3]. 219[1].

Lib. XXV. tit. III. de agnoscendis et alendis.
l. 1. §. 4. I. 201[1].

Lib. XXVI. tit. I. de tutelis.
l. 6. §. 2. I. 206[5].
tit. VII. de admin. et peric. tut.
l. 43. § 1. I. 181[2].

Lib. XXVII. tit. III. de tutelae actione
l. 5. II. 309.
tit. VII. de fidej. et nominat. et hered. tut.
l. 4. §. 3. I. 201[1].
tit. IX. de rebus eorum.
l. 5. §. 14. II. 388[3].
tit. X. de curat. furios.
l. 10. §. 1. II. 488[1]. 491[1].
Lib. XXVIII. tit. I. qui testam. facere possunt.
l. 14. II. 569[2].
l. 21. §. 1. I. 176.
tit. II. de liberis et postumis.
l. 14. §. 2. II. 423[2].
l. 25. pr. II. 423[2].
tit. III. de injusto rupto irr. fact. test.
l. 16. I. 255[1].
tit. V. de hered. instit.
l. 9. II. 428[1].
l. 9. pr. II. 387. 403.
l. 9. §. 3. 4. II. 469[1].
l. 9. §. 5. 6. II. 513[1].
l. 9. §. 8. I. 198[2].
l. 13. pr. I. 197[2].
l. 49. (48.) §. 3 II. 331[1].
l. 59. (58.) pr. I. 198[2].
l. 60. (59.) pr. I. 225[2]. 232.
l. 78. (77.) I. 158[1].
l. 87. (86.) §. 1. II. 353[2]. 366[1].
l. 93. (92.) I. 258[4].
tit. VI. de vulg. et pup. substitutione.
l. 41. §. 3. II. 388[4].
tit. VII. de condicionibus institutionum.
l. 10. §. 1. I. 255[1].
l. 12. I. 253[3].
Lib. XXIX. tit. II. de adqu. v. omitt. hered.
l. 6. §. 7. II. 511[1].
l. 15. II. 569[2].
l. 20. pr. I. 201[1]. II. 350[1].
l. 20. §. 1. 4. I. 201[1].
l. 34. pr. I. 232[1].
tit. III. testamenta quemadmodum.
l. 2. §. 1. I. 296.
Lib. XXX. de legatis I.
l. 4. pr. II. 332. f. 335[1]. 376[4].
l. 15. pr. II. 469[1].
l. 16. §. 1. II. 331[1].
l. 50. §. 3. I. 176.
l. 65. §. 1. I. 253[2].
l. 75. §. 1. II. 388[3].
l. 75. §. 2. I. 259.
l. 108. §. 10. II. 517.
l. 114. §. 14. I. 204[1].
Lib. XXXII. de legatis III.
l. 21. pr. I. 199[1].
l. 25. §. 1. I. 186[1].
l. 30. §. 2. I. 213[2].
l. 30. §. 4. I. 177.
l. 31. I. 201[1].
l. 35. §. 1. 2. II. 331[1].
l. 69. pr. I. 186[1]. 213[2].
l. 69. §. 1. I. 204[1].
Lib. XXXIII. tit. II. de usu et us. fr. cet. per leg. v. fideic. datis.
l. 15. §. 1. I. 201[1].
l. 19. I. 239[4].
tit. IV. de dote praelegata.
l. 1. §. 7. II. 517.
l. 1. §. 8. II. 338[1].
tit. V. de optione v. elect. legata.
l. 8. §. 2. I. 35. f. 205[2]. II. 355[1].
tit. VII. de instructo vel instrum. legato.
l. 18. §. 3. I. 176.
tit. X. de suppellectile legata.
l. 7. §. 2. I. 35[1]. 175[1]. 213[2]. II. 334. f.
Lib. XXXIV. tit. V. de rebus dubiis.
l. 3. I. 3. 36[2]. 184. II. 327. f.

l. 24. (25.) I. 181[1].
l. 28. (29.) II. 331[1].
tit. VII. de regula Catoniana.
l. 1. §. 1. II. 298[1].
Lib. XXXV. tit. I. de condicionibus et demonstrationibus.
l. 1. §. 3. I. 253[1].
l. 17. pr. §. 1. II. 331[1].
l. 17. §. 2. 3. I. 259.
l. 19. pr. I. 213[2].
l. 19. §. 1. I. 253[5].
l. 33. pr. II. 331[1].
l. 34. II. 331[1]. 427[1].
l. 40. §. 4. II. 331[1].
l. 72. §. 6. I. 259. 260[2]. 264.
l. 72. §. 8. II. 331[1].
l. 99. I. 253[1].
l. 101. pr. I. 39. 213[2].
l. 107. I. 253[5]. 254[1].
Lib. XXXVI. tit. I. ad SC. Trebellianum.
l. 38. (37.) pr. I. 201[1].
l. 67. (65.) §. 3. I. 199[1].
tit. II. quando dies leg. v. fideic. cedat.
l. 22. §. 1. I. 253[3 5].
l. 25. §. 1. I. 253[1].
Lib. XXXVIII. tit. I. de operis libertorum.
l. 48. pr. I. 52[3].
tit. IV. de adsignandis libertis.
l. 1. §. 3. I. 199[1].
Lib. XXXIX. tit. II. de damno infecto.
l. 15. §. 1. II. 382[3]. 399.
tit. III. de aqua et aqu. pluv. arc.
l. 19. I. 195[4]. 201[1].
ll. 19. 20. II. 378[3]. 379[1]. 387.
tit. V. de donationibus.
l. 1 pr. I. 245. 267[1 3]. II. 368.
l. 2. §. 3. II. 367[2].
l. 2. §. 7. I. 260[3]. 264. 267[1 3]. II. 367[1].
l. 6. I. 157[1]. 231[1].
l. 7. pr. II. 472[1].
l. 13. II. 591.
l. 19. §. 3. II. 354[2].
l. 25. I. 138[1]. II. 348[1].
l. 34. §. 1. I. 264[3].
Lib. XXXX. tit. II. de manumissis vindicta.
l. 4. pr. II. 483. f. 486.
l. 4. §. 1. II. 490. f.
ll. 5. 8. II. 485[1].
ll. 10. 18. §. 2. 22. II. 485[1].
tit. VII. de statuliberis.
l. 24. II. 296[4].
tit. IX. qui et a quibus manumissi.
l. 1. II. 485[1].
l. 15. §. 1. II. 484. f.
tit. XII. de liberali causa.
l. 16. §. 3. II. 494[2]. 507. f.
l. 17. II. 494[3] 507. f.
l. 18. pr. II. 494[2]. 506[1].
Lib. XXXXI. tit. I. de adquirendo rer. dom.
l. 7. §. 9. I. 36[2].
l. 9. §. 3. I. 1[1].
l. 9. §. 7. I. 157[1].
l. 19. I. 225[2]. 232[1]. 233[1].
l. 35. II. 477. f. 480. 489. f.
l. 36. I. 241[3]. 268. II. 344. f. 474[1].
l. 37. §. 6. II. 591.
l. 49. II. 368.
l. 53. I. 165[1].
l. 54. pr. I. 231[4]. 233[1].
l. 54. §. 1. I. 234.
tit. II. de adquir. v. am. possessione.
l. 1. §. 3. I. 250[1].
l. 1. §. 5. I. 151[2].
l. 1. §. 22. I. 27. f.

l. 2. I. 27[1].
l. 3. §. 2. I. 160.
l. 3. §. 3. I. 251.
l. 3. §. 12. I. 157[2].
l. 3. §. 14. II. 296.
l. 18. §. 1. I. 268.
l. 26. I. 157[1]. 159[3].
l. 32. §. 2. I. 250[1].
l. 33. II. 357[1] 359[2].
l. 34. I. 231[1].
l. 34. pr. I. 268. II. 337[2]. 338[2]. 384[1 2]. 400. f. 430. f. 433[2]. 512[1].
l. 34. §. 1. II. 400. f. 502[1].
tit. III. de usurpat. et usucap.
l. 27. II. 389.
l. 44. pr. I. 143.
tit. IV. pro emptore.
l. 2. §. 6. II. 434. f.
l. 2. §. 15. II. 516[2].
l. 2. §. 16. II. 389[2]. 516[2].
tit. VII. pro derelicto.
l. 5. §. 1. I. 154[2].
Lib. XXXXII. tit. I. de re judicata.
l. 4. §. 6. II. 296[1].
l. 59. pr. I. 197[2].
tit. II. de confessis.
l. 6. pr. I. 160[1].
tit. VI. de separationibus.
l. 1. §. 17. I. 267[1].
tit. VIII. quae in fraudem creditorum.
l. 6. pr. §. 2. 4. II. 378[1]
Lib. XXXXIII. tit. XVIII. de superficiebus.
l. 1. §. 1. I. 1[2].
tit. XXIV. quod vi aut clam.
l. 4. I. 181[2].
l. 5. §. 5. II. 404.
tit. XXVI. de precario.
l. 6. §. 1. I. 163.
Lib. XXXXIV. tit. III. de div. temporalibus praescr.
l. 14. §. 5. I. 53.
tit. IV. de doli mali et metus exc.
l. 2. §. 2. I. 137[2]. 269[1].
l. 2. §. 5. I. 137[1].
l. 4. pr. I. 181[2].
l. 4. §. 32. I. 137[5].
l. 7. pr. II. 367[2].
tit. V. quarum rerum actio non datur.
rubrum. II. 478[2].
tit. VI. de litigiosis.
l. 2. II. 510[2].
tit. VII. de obligationibus et actionibus.
l. 2. §. 1. I. 20.
l. 3. §. 1. II. 341[1]. 350. 474[1].
l. 3. §. 2. I. 173[1]. 237[3].
l. 8. I. 47[3].
l. 31. I. 275. II. 294[2]. 380[3].
l. 38. I. 197.
l. 44. §. 2. I. 257[1]. 268.
l. 47. I. 187[1]. 189[1].
l. 48. I. 22. f.
l. 52. §. 4. I. 275. II. 381.
l. 52. §. 9. I. 19. 197[2]. 199[1].
l. 52. §. 10. I. 199[1].
l. 54. I. 131[2]. II. 365[3].
l. 55. I. 1[1]. 20 f.
l. 57. I. 31. f. II. 338[3]. 341. 374[3]. 376.
Lib. XXXXV. tit. I. de verborum obligationibus.
l. 22. II. 462.
l. 32. II. 338[2].
l. 41. pr. I. 35[1]. 173[1].
l. 46. §. 2. I. 47[3].
l. 53. I. 226[2].
l. 78. pr. I. 261[2].
l. 80. I. 183. f.
l. 83. §. 1. I. 188. II. 375. 377[1].

l. 91. §. 3. II. 592.
l. 99. pr. I. 197[2].
l. 100. I. 255[1].
l. 110. §. 1. I. 183. 187[1]. II. 374 f. 376.
l. 115. pr. I. 160.
l. 115. §. 2. I. 225[2]. 275. II. 380[3 6].
l. 118. pr. I. 234.
l. 120. I. 153[3]. 190[2]. 255[1].
l. 137. §. 1. II. 377.
tit. II. de duobus reis constituendis.
l. 18. II. 525[1].
Lib. XXXXVI. tit. I. de fidejussorib. et mandat.
l. 37. I. 264. II. 371.
tit. II. de novat. et delegat.
l. 17. I. 199[1].
l. 30. I. 53.
tit. III. de solut. et liberat.
l. 12. §. 2. II. 354[2].
l. 18. II. 354[2].
l. 32. II. 354[2].
l. 34. §. 3. II. 354[1].
l. 35. II. 354[2].
l. 38. §. 1. II. 354[2].
l. 44. I. 196[1].
l. 50. II. 463. f.
l. 51. II. 354[2].
l. 80. II. 342.
tit. IV. de acceptilatione.
l. 8. I. 264.
l. 8. pr. II. 372. f.
tit. VIII. ratam rem haberi.
l. 5. I. 201[1].
Lib. XXXXVII. tit. II. de furtis.
l. 52. §. 21. II. 406.
l. 52. §. 22. I. 268.
l. 67. (66.) §. 4. II. 406.
tit. X. de injuriis.
l. 11. §. 1. II. 379[2].
l. 18. §. 3. II. 404.
Lib. XXXXVIII. tit. V. ad leg. Jul. de adult.
l. 36. (35.) II. 331[1]
Lib. XXXXIX. tit. I. de appellationibus.
l. 23. I. 29[3].
lit. XV. de captivis.
l. 12. §.3. I. 44.
Lib. L. tit. I. ad municipalem legem.
l. 2. pr. I. 200.
tit. IV. de muner. et honor.
l. 14. §. 6. I. 42[2]. 52[3].
tit. XII. de pollicitationibus.
l. 1. §. 1. I. 264. II. 369.
l. 3. I. 13. 24.
tit. XVI. de verborum significatione.
l. 6. §. 1. I. 33. 35[1]. 79[1].
l. 23. I. 215[1]. 285[1].
l. 28. §. 1. II. 351.
l. 86. II. 438[2]. 592.
l. 125. I. 186.
l. 209. I. 151[2]. 174[1].
l. 219. I. 39.
l. 240. I. 173[1]. 174[1].
tit. XVII. de regulis juris.
l. 19. pr. II. 421[1]. 422[2].
l. 29. II. 314[3].
l. 34. I. 174[1]. 177. 179.
l. 40. II. 390[2].
l. 55. II. 388[1]
l. 60. I. 201[1].
l. 67. I. 33. 79[1].
l. 88. II. 388[2].
l. 96. I. 183[3].
l. 109. II. 388[2].
l. 110. pr. II. 467.
l. 112. II. 478[2].
l. 114. I. 181[1].
l. 116. pr. II. 395[3].
l. 116. §. 2. I. 274[3].
l. 125. I. 186.

l. 142. I. 200.
l. 145. I. 42. f.
l. 160. I. 42[2]. 52[3].
l. 165. I. 42[1]. 52[3].
l. 168. I. 174[1].
l. 168. §. 1. I. 225[2].
l. 185. II. 299[3].
l. 201. II. 315[4].
l. 210. II. 315[4].

3. Codex Justinianus.

Lib. I. tit. XIV. de legibus et constit. princ. et ed.
c. 1. II. 592.
c. 5. §. 1. II. 296[2].
c. 7. I. 206[5].
tit. XVIII. de juris et facti ignorantia.
c. 4. I. 268.
c. 5. II. 338[2].
c. 8. II. 377[2]. 378[2]. 386.
c. 9. II. 377[2]. 378[2].
Lib. II. tit. IV. de transactionibus.
c. 13. pr. I. 16[1].
c. 20. I. 200.
tit. XII. (XIII.) de procuratoribus.
c. 21. I. 209[3 4].
tit. LV. (LVI.) de receptis.
c. 5. §. 1. I. 201[1].
Lib. III. tit. XXXIV. de servitutibus.
c. 3. I. 1[2].
Lib. IV. tit. V. de condictione indebiti.
c. 10. pr. II. 435[1].
tit. XI. ut act. et ab her. et c. her. incip.
c. 1. §. 2. II. 380[3].
tit. XIX. de probationibus.
c. 18. I. 153.
c. 18. §. 1. II. 473[1].
tit. XXI. de fide instrumentorum.
c. 17. I. 238[2].
tit. XXII. plus valere quod agitur cet.
c. 1. I. 131[2]. II. 365[3].
c. 2. I. 131[2].
c. 4. I. 131[2].
c. 5. I. 77[2]. 152. 200. II. 473[1].
tit. XXIX. ad Sc. Vellejanum.
c. 22. II. 321[1].
tit. XXX. de non num. pec.
c. 2. I. 248[1].
c. 13. I. 248.
tit. XXXVII. pro socio.
c. 6. I. 37.
tit. L. si quis alteri cet.
c. 5. I. 131[2].
tit. LI. de rebus alienis non alienandis.
c. 2. I. 153.
tit. LXIV. de rer. perm. et de pr. v. act.
c. 3. I. 48.
tit. LXV. de locato et conducto.
c. 23. II. 386[2].
tit. LXVI. de emphyteutico jure.
c. 1. I. 1[2].
Lib. V. tit. IV. de nuptiis.
c. 5. I. 200.
tit. XVI. de donation. i. v. et u.
c. 12. I. 204[1].
c. 20. I. 131[2].
c. 25. II. 314[2]. 316.
Lib. VI. tit. XXIII. de testamentis.
c. 4. II. 331[1].
c. 5. I. 258[4]. II. 424[1].
tit. XXIV. de heredibus instituendis.
c. 4. I. 258[4]. 260[2]. 264.
c. 5. II. 331[1].
c. 7. I. 258[4]. II. 423. 520[3]. 592.

tit. XXVIII. de liberis praet. v. exher.
c. 3. I. 213[2].
tit. XXXVII. de legatis.
c. 7. §. 1. II. 331[1].
c. 10. I. 258[4]. 260[2]. 264.
tit. LI. de caducis tollendis.
c. 1. §. 11. I. 206[4].
Lib. VII. tit. I. de vindicta libertate.
c. 3. II. 485[2].
tit. XXXII. de adquir. et retin. possessione.
c. 3. I. 250[1].
tit. LII. de re judicata.
c. 5. I. 201[1].
Lib. VIII. tit. XV. (XVI.) si aliena res pign. data sit.
c. 2. I. 139.
c. 6. I. 206[3].
tit. XXV. (XXVI.) de remissione pignoris.
c. 1. I. 53.
c. 2. I. 1[4]. 138[1].
c. 7. I. 201[1].
c. 11. pr. I. 53.
c. 11. §. 2. I. 138[1].
tit. XXXVII. (XXXVIII.) de contrah. et committ. stipul.
c. 10. I. 22.
c. 11. II. 359[2].
c. 13. §. 2. II. 380[3].
c. 15. pr. II. 380[7].
tit. XXXXII. (XXXXIII.) de solutionibus et liberation.
c. 3. II. 354[2].
c. 14. I. 201[1].
c. 15. I. 134.
tit. XXXXVIII. (XXXXIX.) de emancipationibus.
c. 2. I. 154[1]. 264[1]. II. 365.
c. 5. I. 53.
tit. LIII. (LIV.) de donationibus.
c. 10. I. 81. 152. f. 264. II. 365. f. 368[2]. 372[1]. 473[1].
Lib. X. tit. LXII. (LX.) de filiis familias.
c. 1. I. 200.

III. Nachjuſtinianiſche Quellen.

Basilica. Lib. LII. tit. I. II. 375.
Harmenopulus. Lib. α. tit. ϑ. II. 375.
— Lib. δ. tit. α. II. 375.

B. Canoniſches Recht.

Decretum Gratiani.
caus. 29. qu. 1. II. 402[2]. 411[1]. 413[2]. 442[2]. 540[2].
Liber Extra.
Lib. II. tit. XXVI. de praescriptionibus.
c. 20. II. 573[4].
Lib. IV. tit. V. de conditionibus appositis.
cc. 3. 5. 6 II. 412[1].
Liber Sextus.
Lib. V. tit. XIII. de regulis juris.
c. 43. I. 199[3].

C. Modernes Recht.

I. Reichsrecht.

1. Handelsgeſetzbuch.

Art. 1. I. 178[3].
- 50. I. 211[2].
- 278. I. 201[2].
- 279. 285. I. 177[2].
- 296. I. 211[2].
- 322. I. 255[1]. II. 343[3]. 344[1].
- 323. I. 178[3]. 203.
- 326. 334. 339. I. 177[2].
- 341. I. 178[3].
- 342. 346. 351. 352. I. 177[2].

2. Wechſelordnung.

Art. 82. I. 137[3].

3. Civil-Proceß-Ordnung.

§. 38. II. 384[4].
§. 231. I. 139[1]. II. 319.
§§. 568. 577. 582. 586. 592. II. 591.

4. Strafgesetzbuch.

§. 171. II. 591.
§. 263. II. 406.
§. 289. I. 220[3].

II. Landesrecht.

1. Preußisches Landrecht.

Th. I. Tit. 4. §. 56. II. 528[1].
§. 58. I. 202.
§§. 63. 64. I. 209[5].
§. 67. I. 177[2].
§. 68. II. 479[1].
§. 77. I. 191[1].
§. 79. II. 528[1].
§. 82. II. 528[1].
§§. 145. ff. II. 541[1].
Th. I. Tit. 5. §. 38. I. 191[1].
§. 105. II. 528[1].
§ 120. I. 147. 252[1].
§. 150. I. 264.
§. 253. I. 187[1].
§. 254. II. 498[1].
§. 255. I. 187[1].
§. 257. I. 177[2].
§§. 267—269. I. 187[1].
§§. 284. 285. II. 528[1].
Th. I. Tit. 11. §§. 261—264. I. 267[2].
Th. I. Tit. 12. §§. 161—163. I. 65[1].
Th. I. Tit. 13. §§. 130. ff. I. 211[2].
Th. II. Tit. 1. §§. 933. 934. II. 319[3].
Anhang §. 35. I. 65[1].

2. Code civil.

Art. 1156. I. 76[1]. 172[2].

3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.

§. 809. I. 76[1].

Anhang.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Entsch. Bd. IV. No. 13. S. 60. I. 180[1].
- - V. - 53. - 243. I. 180[1].
- - VII. - 75. - 287/8. I. 201[2].
- - XI. - 1. - 3. I. 150[3].
- - XI. - 46. - 134. f. II. 563[1].
- - XI. - 81. - 243. I. 179[2].
- - XI. - 91. - 272. I. 180[1].
- - XII. - 94. - 286. I. 149[1]. 179[2].
- - XIII. - 58. - 164. I. 127.
- - XIII. - 117. - 370. I. 149[1].
- - XIV. - 87. - 268. I. 149[1]. 172[2].
- - XIV. - 136. - 437. I. 180[1].
- - XV. - 71. - 249 ff. I. 149[1]. II. 563[3].
- - XVI. - 43. - 150 f. II. 516[4], 527[1].
- - XX. - 68. - 248. II. 563[2].
- - XX. - 72. - 270 ff. II. 535[1]. 542[3].
- - XXII. - 86. - 371. I. 224[1].
- - XXII. - 90. - 388 ff. II. 439. 549[2]. 554[1].

Stegemann, Rechtsprechung des deutschen Ob.-H.-Ger. Bd. I. S. 111. I. 133[1].

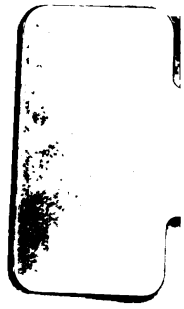
Druck von L. Reiter, Herzogl. Hofbuchdrucker, Dessau.

☛ Der Verfaſſer bittet, die Druckfehler 1, 5, 17, 20, 23, 28 und 36 auf alle Fälle zu berichtigen, ehe das Buch geleſen wird.

Druckfehler-Verzeichniß zum zweiten Bande.

1) S. 295, Z. 16 lies „Nichtigkeit" ſtatt „Geſchäftsbedingung".
2) S. 296, Anm. 3 lies „bekämpft" ſtatt „beſtreitet".
3) S. 300, Z. 17 lies „einer" ſtatt „eines".
4) S. 303, Z. 16 lies „es" ſtatt „ſie".
5) S. 307, Z. 2 lies „Einlaſſungstermin" ſtatt „Termin".
6) S. 312, Anm. 3, Z. 2 von unten lies „bezeichnet" ſtatt „geltend gemacht".
7) S. 312, Anm. 3, Z. 1 von unten lies „eben" ſtatt „oben".
8) S. 314, Z. 5 von unten lies „Averanius" ſtatt „Averanus".
9) S. 316, Anm. 2, Z. 4 von unten lies „von einer paſſiv relativen unterſcheiden" ſtatt „unterſcheiden".
10) S. 328, Z. 17 von oben lies „wo" ſtatt „in welchem".
11) S. 350, Z. 5 lies „constituatur" ſtatt „nascatur".
12) S. 351, letzte Zeile des Textes lies „has" ſtatt „tuas".
13) S. 352, Anm. 1, Z. 1 lies „corp. jur. civ. cum notis" ſtatt „opera".
14) S. 356, Z. 4 lies hinter Offerte „oder eine Antwort auf eine ſolche".
15) S. 360 am Ende der l. 57. dig. 17, 1. citata ſtreiche „damus".
16) S. 368, Z. 15 lies „dominum" ſtatt „dominium".
17) S. 368, Anm. 2, Z. 2 von unten lies hinter Cincia „und".
18) S. 381, Anm. 3, Z. 9 von unten lies ſtatt „sensisse" „intelleguntur".
19) S. 382, Z. 14 von oben lies „theorico-practicum".
20) S. 389 lies ſtatt „nulla est voluntas" „voluntas nulla est (oder auch nulla enim voluntas errantis est).
21) S. 399, Z. 10 von oben lies „vorgefallenes" ſtatt „weggefallenes".
22) S. 402, Z. 10 ſtreiche „persona".
23) S. 408, Z. 6 und 7 von oben lies „Mandanten" ſtatt „Mandatar".
24) S. 411, Anm. 1 lies „causa" ſtatt „cap."
25) S. 415, Z. 11 von unten lies „ſie" ſtatt „ihn".

26) S. 416, Z. 18 von oben lies statt „qualitatem redundans“ „qualitatis in errorem personae redundans“.
27) S. 437, vorletzte Zeile des Textes lies „etwas“ statt „eine Sache“.
28) S. 441, Z. 10 und 11 lies „in erkennbarer Weise“ statt „erkennbar war und“.
29) S. 451, Anm. 2, Z. 2 von unten lies „Renaud“ statt „Renand“.
30) S. 457, Anm. 1, Z. 6 lies hinter „hier“ „strenge genommen“.
31) S. 462, Z. 7 von unten lies „[2])“ statt „[1])“
32) S. 464, Anm. 1, Z. 2 lies „jemand“ vor „Gold“.
33) S. 464, Anm., Z. 2 von unten lies „565, Anm. 547“ statt „564“.
34) S. 467, Z. 1 lies hinter „Quantitätsirrthum“ „in der Regel“.
35) S. 474, Z. 3 von oben lies „können“ statt „kann“.
36) S. 484, Z. 4 von oben lies „Vollmachtgebers“ statt „Bevollmächtigten“.
37) S. 485, Z. 7 von oben lies „Paulli“ statt „Paulli“.
38) S. 503, Z. 12 von oben lies „muß“ hinter „sein“.
39) S. 504, Z. 12 von oben lies „denselben“ statt „dieselben“.

Einen Nachtrag zum Druckfehlerverzeichnisse des ersten Bandes siehe S. 593. Zu diesem Nachtrage muß noch bemerkt werden, daß Band 1, S. 250, Zeile 16 statt „weil“ zu lesen ist „wenn“.

BIBLIOTHECA BODLEIANA